



Gonçalo Ricardo Lobo Albuquerque

## A admissibilidade da alienação em garantia

Dissertação com vista à obtenção  
do grau de Mestre em Direito e  
Mercados Financeiros

Orientador:

Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida  
Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito  
da Universidade Nova de Lisboa

Maio, 2018





Gonçalo Ricardo Lobo Albuquerque

## A admissibilidade da alienação em garantia

Dissertação com vista à obtenção  
do grau de Mestre em Direito e  
Mercados Financeiros

Orientador:

Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida  
Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito  
da Universidade Nova de Lisboa

Maio, 2018



## **Declaração de compromisso de antiplágio**

Declaro por minha honra que o texto que apresento é original e que todas as citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, 20 de maio de 2018

Gonçalo Ricardo Lobo Albuquerque

## **Agradecimentos**

Dedico este texto a todos aqueles que contribuíram para a sua realização.

Nomeando-lhes, devo um agradecimento à Beatriz e ao Francisco por tornarem esta jornada de escrita e estudo menos solitária. Percorreram este caminho mais cedo do que eu e, hoje, são mestres em Direito.

À direção da Associação de Estudantes da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e, em especial, ao presidente José Paiva agradeço-lhe o estatuto muito especial que usufrui durante o seu mandato.

Ao Filipe devo-lhe a valiosa e onerosa ajuda na formatação do corpo do texto.

Ao Eduardo agradeço-lhe a leitura e correção gramatical.

Ao meu orientador agradeço-lhe a disponibilidade, as justas críticas sinalizadas e o exemplo como jurista.

## **Modo de citar e convenções**

As citações realizadas no texto, pela primeira vez, são feitas com as indicações dos últimos dois apelidos do autor ou pelo nome conhecido, obra citada, volume e tomo, se aplicável, editora, local de publicação e data de publicação. As citações seguintes do mesmo autor e obra são feitas com a indicação do seu nome e da referência “*cit.*” para a obra, finalizando com as páginas aludidas. No caso de pluralidade de obras citadas de um autor, o título pode ser abreviado. As referências bibliográficas completas encontram-se na lista bibliográfica final.

Os acórdãos referidos no corpo do texto estão disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Os artigos referidos sem indicação do diploma pertencem ao Código Civil.

O corpo da tese, incluindo espaços e notas, contém 199.987 caracteres.

## Abreviaturas

A.	Autor
AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CCIt	<i>Codice Civile italiano</i> (Código Civil italiano)
CDP	Cadernos de Direito Privado
cfr.	confira
CIRE	Código da Insolvência e Recuperação de Empresas
<i>cit.</i>	citado
CPC	Código do Processo Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa
ed.	edição
FDL	Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
FDUNL	Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
InsO	<i>Insolvenzordnung</i> (Código da Insolvência alemão)
L.D.	Lusíada. Direito. (Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa)
p. (pp.)	página(s)
reimp.	reimpressão
RFDUL	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
RFDUP	Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
sep.	separata
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
trad.	tradução
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UCC	<i>Uniform Commercial Code</i>
UCP	Universidade Católica Portuguesa
ULus	Universidade Lusíada de Lisboa
v.g.	<i>verbi gratia</i> (por exemplo, em latim)
vol.	volume



## Resumo

O objeto desta tese destina-se a indagar sobre a admissibilidade do contrato de alienação em garantia no ordenamento jurídico português. Não é analisado, em concreto, o contrato de alienação em garantia no âmbito dos acordos de garantia financeira previsto no Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de maio que transpõe a Diretiva n.º 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de junho.

O texto divide-se em duas partes.

A primeira parte tem o propósito principal de analisar o contrato de alienação em garantia procurando descobrir os elementos estruturais, determinar a função económico-social para descobrir, a final, qual é a sua natureza jurídica (isto é, o regime jurídico que é inato à alienação em garantia quando as partes não estipulam em sentido contrário).

A segunda parte procura responder à questão que está subjacente à realização desta tese: saber se o contrato de alienação em garantia é admissível no ordenamento jurídico português.

A inserção do contrato de alienação em garantia no quadro das garantias reais do cumprimento das obrigações acarreta a necessidade de observar se o contrato está em harmonia com os princípios e normas injuntivas que regulam as últimas.

Surgem, desde logo, duas questões que consideramos prementes para analisar a admissibilidade do contrato de alienação em garantia.

Em primeiro lugar, procura-se saber se a norma que estabelece a proibição do pacto comissório (art. 694º) é violada porque esta descreve e sanciona com a nulidade o pacto pelo qual o credor garantido faz sua a coisa onerada com o não cumprimento do devedor.

Em segundo lugar, a lei não limita o alcance da oponibilidade absoluta da situação jurídica de garantia constituída através da transmissão da titularidade de direitos aos credores do alienante, facultando ao adquirente um mecanismo para evitar o concurso de credores do alienante porque prefere sobre todos os credores da massa insolvente e da insolvência. Indagou-se se este efeito é admissível à luz dos princípios da tipicidade das causas legítimas de preferência (n.º 2 do art. 604º) e do *par condicio creditorum* (n.º1 do art. 604º).

Concluiu-se pela nulidade do contrato de alienação em garantia por violação do âmbito da proibição do pacto comissório (cuja *ratio* integra o pacto marciano), sem prejuízo da sua conversão nos casos em que se verifiquem os requisitos necessários.

## Abstract

The purpose of this thesis is to inquire about the admissibility of title transfer collateral arrangement in the Portuguese legal system. It is not analyzed, in particular, the title transfer financial collateral arrangement regulated by Directive 2002/47/EC transposed into Portuguese Law through Decree-Law 105/2004, of 8 May.

The present text is divided into two parts.

The first part has the main purpose of analyzing the contract of title transfer collateral arrangement seeking to discover the structural elements, determining the socio-economic function and, in the end, what is its legal nature (that is, the legal regime that is innate to the collateral when the parties do not stipulate otherwise).

The second part seeks to answer the question underlying this thesis: whether the contract of title transfer collateral arrangement is admissible in the Portuguese legal order.

The insertion of the contract within the legal framework of *in rem* collaterals entails the necessity of observing if the contract is in harmony with the principles and mandatory provisions which regulate the latter.

Two questions have arisen that we considered pressing to examine the admissibility of the contract.

Firstly, it was examined whether the rule that establishes the prohibition of *lex commissoria* (article 694) is violated because it describes and regards as null the pact by which the secured creditor appropriates the asset which is the object of the collateral with the default of the debtor.

Secondly, there are no statutes that limit the scope of the effects to third parties from the establishment of a collateral through the disposal of an asset to the secured creditor. This circumstance creates a mechanism to the secured creditor to avoid collective insolvency proceedings, through foreclosure or appropriation of the underlying asset which is object of the collateral, taking priority over debts towards other creditors. It was asked whether this effect is allowed in the light of the principles of legal typology of priority titles over debtor's assets (article 604 (2)) and equal treatment of insolvency creditors (article 604 (1)).

It was concluded that the contract is null since it violates the scope of *lex commissoria* (whose *ratio* includes *pacto marciano*), without prejudice to its conversion in cases where the necessary legal requirements are met.

## **Introdução**

O estudo do contrato de alienação em garantia surgiu com especial interesse nos últimos anos. Esta situação deveu-se à proliferação dos privilégios creditórios, morosidade dos processos de insolvência e execução, e onerosidade na constituição das garantias reais legalmente típicas. O estudo de novas figuras jurídicas impôs-se.

Esta tese tem como objeto um contrato que a doutrina maioritariamente associa com os negócios fiduciários: a alienação em garantia. O primeiro capítulo introduz uma perspetiva histórica do negócio fiduciário romano e o ressurgimento na Alemanha. Aproveita-se para lembrar e refutar os primeiros obstáculos que a doutrina portuguesa encontrou para a sua admissibilidade no ordenamento jurídico português. O segundo capítulo destina-se a discutir características que alguma doutrina encontra como essenciais ao negócio fiduciário. É abordada a recondução do contrato a vários tipos legais. Negada essa possibilidade, é adotada uma posição quanto à natureza legalmente atípica do contrato de alienação em garantia. Procura-se descobrir a natureza jurídica do contrato de alienação em garantia e uma faceta do contrato que, muitas vezes, não é aprofundada pela doutrina: o seu propósito de garantir uma obrigação e as consequências que se podem extrair dos princípios e normas injuntivas do direito das garantias para discutir a admissibilidade da alienação em garantia no ordenamento jurídico português.

As principais novidades desta tese para a discussão da admissibilidade da alienação em garantia são as seguintes: em primeiro lugar, procura-se dissociar o negócio fiduciário em relação ao contrato de alienação em garantia. A inserção do contrato de alienação em garantia na categoria de negócio fiduciário é, ainda hoje, posição maioritária na doutrina e que merece ser discutida. Em segundo lugar, procura-se através dos elementos essenciais das garantias reais associar o contrato de alienação em garantia naquela categoria de negócios jurídicos. Em terceiro lugar, cumpre analisar quais são as consequências da inserção do contrato de alienação em garantia nas garantias especiais do cumprimento das obrigações sob o prisma da admissibilidade do contrato e face aos princípios e normas injuntivas que regem as últimas.

Esta tese é mais uma contribuição para a acesa discussão doutrinária sobre a natureza jurídica do negócio fiduciário, contrato de alienação em garantia e a sua admissibilidade no ordenamento jurídico português.

Ressalvamos que para o objeto desta tese é dispensável a distinção que normalmente se faz atendendo ao objeto do contrato: cessão de créditos em garantia e alienação em garantia. A discussão sobre a admissibilidade do contrato é transversal e as conclusões são válidas para ambos. A distinção entre direitos de crédito e direitos reais pode ser aproximada pelo prisma da titularidade de uma situação jurídica com vocação para oponibilidade *erga omnes*, isto é, observando os direitos de crédito como objetos de situações jurídicas, ao invés de efeitos de um negócio jurídico.

## Título I – Alienação em garantia

### 1. Aproximação ao contrato de alienação em garantia

#### 1.1. Síntese histórica

A alienação em garantia é uma figura vetusta, já conhecida no Direito Romano. A maioria da doutrina romanista considera que é a mais antiga garantia real do cumprimento das obrigações<sup>1</sup>. Designada por *fiducia cum creditore*, consistia no ato pelo qual o devedor (ou terceiro) transmitia o direito de propriedade de uma *res Mancipi* para o credor, que se obrigava a restituí-la ao garante quando se verificasse o cumprimento do crédito garantido. Coexistia um negócio transmissivo da propriedade e um negócio jurídico obrigacional designado por *pactum fiduciae*, que destinava-se a vincular o fiduciário na prossecução do interesse do fiduciante. Distinguiu-se da *fiducia cum amico* porque o fiduciante transmitia o direito de propriedade de uma *res Mancipi* para o fiduciário para servir outros fins – nomeadamente, administração - no interesse do fiduciante, fiduciário ou de um terceiro<sup>2</sup>. A *fiducia cum creditore* e a *fiducia cum amico* estão na origem das categorias modernas que a doutrina denomina por negócios fiduciários para garantia e negócios fiduciários para administração, respetivamente.

Esta figura foi redescoberta por Regelsberger na Alemanha, em 1880<sup>3</sup>, dividindo a doutrina relativamente à natureza jurídica da figura na passagem do séc. XIX para o séc. XX: surgiu, por esta altura, a distinção entre a fidúcia romana e a fidúcia germânica<sup>4</sup>. A distinção assentava na natureza real da situação jurídica do fiduciário. Na fidúcia romana considerava-se que o adquirente era proprietário pleno da coisa alienada em garantia, obtendo todos os poderes e faculdades dessa situação jurídica, apenas limitado

---

<sup>1</sup> Vieira Cura, “Fiducia cum creditore”, sep., 34 BFDUC, Coimbra, 1991 pp. 150 ss..

<sup>2</sup> Sobre a *fidúcia cum creditore* e a *fidúcia cum amico*, respetivamente, Sebastião Cruz, *Direito romano (Ius Romanum). Introdução. Fontes*, vol. I, 4ª ed., Dislivro, 1984, pp. 242-245; Max Kaser, *Direito privado romano*, trad. de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, pp. 148-149.

<sup>3</sup> As Instituições de Gaius faziam referências às figuras da *fiducia cum creditore* e *fiducia cum amico*, embora a doutrina não tenha demonstrado interesse nas figuras, para além do histórico, até ao texto de Regelsberger que os nominou de negócios fiduciários. A primeira preocupação do A. foi distinguir os negócios fiduciários da simulação, Ferdinand Regelsberger, *Zwei Beiträge zu Lehre von der Cession*, pp. 157-207, 63 AcP, 1880, *apud* Barreto Menezes Cordeiro, *Do trust no direito civil*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 733.

<sup>4</sup> A fidúcia germânica deve a sua estrutura a Schultze que se inspirou no estudo da *Treuhand* no direito sucessório lombardo-germânico do séc. VIII e XIII, *Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht*, 43 JhJb, 1901, pp. 1-104, *apud* Barreto Menezes Cordeiro, *cit.*, p. 735.

por obrigações que surgissem do pacto fiduciário<sup>5</sup>. Na fidúcia germânica, na concepção de Schultze, considerava que o adquirente obtinha uma propriedade plena, mas sujeita a condição resolutiva se o objeto era bem imóvel, com natural eficácia *erga omnes*, sucedendo a condição se o fiduciário transmitisse o bem a terceiro ou se o fim acordado deixasse de ser possível. A produção dos efeitos resolutivos estava dependente do conhecimento do terceiro da natureza fiduciária da relação. Considerava-se que o terceiro sabia que adquirira um bem transmitido em virtude de uma relação fiduciária devido à publicidade na transmissão dos bens imóveis. Se a fidúcia tivesse como objeto bens móveis, a situação jurídica do fiduciário não estava sujeita a condição resolutiva, mesmo que o terceiro adquirente conhecesse a relação fiduciária, porque estes bens não estavam sujeitos a publicidade<sup>6 7</sup>. A fidúcia germânica acabou por não prevalecer no país que lhe deu origem, com o argumento de que uma condição resolutiva implícita na alienação em garantia não decorria da sua natureza jurídica nem do seu regime jurídico<sup>8</sup>.

A construção da fidúcia germânica não é possível no direito português porque vigora o princípio da tipicidade dos direitos reais. A fidúcia germânica, no seu desígnio de proteção real do alienante, cinde a legitimidade para alienar (que pertence ao alienante) e a titularidade do direito (que pertence ao adquirente), estabelecendo a ineficácia de uma alienação por parte do adquirente a terceiro. Esta situação representa a constituição de um direito real atípico, cuja proibição está prevista no n.º 1 do art. 1306º do Código Civil.

As vantagens para os credores de outrora ainda estão presentes. O credor garantido, proprietário pleno dos bens transmitidos, pode recorrer: à ação possessória em caso de esbulho; à ação de reivindicação em caso de extravio; salvaguarda-se de uma oneração ou alienação ruinosa da coisa por parte do devedor e respetiva diminuição da sua garantia (geral); à participação do bem em concurso de credores, em virtude da transmissão dos direitos para o credor garantido; à penhora do bem alienado em garantia pelos credores do alienante, durante a execução do contrato, não é possível porque a penhora recairia sobre um bem alheio.

---

<sup>5</sup> André Figueiredo, *O negócio fiduciário perante terceiros. Com aplicação especial na gestão de valores mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 40.

<sup>6</sup> Barreto Menezes Cordeiro, *cit.*, pp. 737-738.

<sup>7</sup> Giuseppe Messina, *Scritti giuridici, Vol. I: Negozi fiduciari, introduzione e parte I*, Giuffrè, Milão, 1948, pp. 157, discorda da análise que Schultze realizou da *Treuhand* considerando que a situação jurídica do *Treuhänder* não tinha por objeto uma propriedade plena, mas limitada, concedendo ao testador ou aos seus herdeiros o direito de revogar o contrato celebrado com o terceiro.

<sup>8</sup> Monteiro Pires, *Alienação em garantia*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 30-31.



As desvantagens para o alienante são evidentes: o pacto fiduciário que estipula os poderes e deveres do adquirente sobre os bens transmitidos com um fim de garantia pode ser violado. O risco de infidelidade seria natural à alienação em garantia. É comum a doutrina escrever sobre a alienação em garantia no quadro geral dos negócios fiduciários (*fiducia*, confiança em latim). Incumprida a obrigação de restituição, o alienante deve propor uma ação de execução específica da coisa alienada para recuperar o bem. Se o bem for alienado a terceiro de boa fé pelo adquirente, resta ao alienante pedir uma indemnização pelos danos que tenha sofrido. Se incidir sobre um facto sujeito a registo, e o terceiro que registou não se encontrar de boa fé (conhecia a natureza fiduciária da propriedade do adquirente), é possível recuperar a coisa, considerando que o registo destina-se a proteger apenas terceiros de boa fé. Outra desvantagem que podemos atribuir a esta figura é que a transmissão do bem alienado em garantia torna imprestável a constituição de direitos reais de garantia sobre aquele bem, dificultando o acesso a futuros financiamentos ao alienante.

Existem vantagens para o devedor do crédito garantido. Esta garantia, pelas suas características, pode contribuir para o devedor conseguir financiamento com um custo mais reduzido em relação àquele que haveria de pagar se se tratasse de uma garantia legalmente típica. Poderia suceder que o devedor não conseguiria obter crédito de outra forma se a desconfiança do credor na sua solvabilidade é alta. Outra vantagem, em relação ao penhor, é que a sua constituição não implica a entrega da coisa ao credor garantido. Pode o alienante manter a posse da coisa em nome alheio, aproveitando-se da sua rendibilidade económica, contribuindo para a satisfação do crédito garantido.

A alienação em garantia ressurgiu num período que a doutrina qualifica de crise de confiança dos credores nas garantias reais típicas<sup>9</sup>. A sua onerosidade, morosidade dos processos de execução e insolvência, a presença inopinada dos privilégios creditórios e a preferência dos créditos sobre a massa insolvente contribuem para o ressurgimento desta figura pela sua aptidão para não participar no concurso de credores do alienante e salvaguardar-se da penhora por parte dos credores deste durante a execução do contrato.

Nas páginas que se seguem faz-se uma breve resenha das posições que a doutrina adotou, durante a primeira metade do séc. XX, sobre os vários fundamentos para a inadmissibilidade do negócio fiduciário no direito português.

---

<sup>9</sup> Monteiro Pires, *Alienação em garantia*; pp. 11 ss.; Andrade Matos, *O pacto comissório: contributo para o estudo do âmbito da sua proibição*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 9 ss.; Ramos Alves, *Dação em cumprimento*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 472 ss.; Moraes Campos, *Alienação fiduciária em garantia*, in *Operações comerciais*, Almedina, Coimbra, 1988, pp. 570-571.

## *1.2. Primeiros obstáculos à admissibilidade da alienação em garantia. Rejeição*

### *1.2.1. Simulação*

A ligação dogmática do negócio fiduciário e da simulação é evidente nos manuais de teoria do negócio jurídico. O negócio fiduciário é apresentado, as mais das vezes, no capítulo destinado à análise do instituto simulatório<sup>10</sup>. Beza dos Santos, na sua tese de doutoramento sobre a simulação, dedica ao negócio fiduciário especial atenção, enquanto figura distinta da simulação. A contraposição entre o negócio fiduciário e a simulação foi útil para o desenvolvimento de ambas as figuras, especialmente para a densificação e consolidação dos requisitos da simulação no final do séc. XIX<sup>11</sup>.

Em primeiro lugar, para se aplicar o regime da simulação é necessário que exista um acordo de vontades, englobando tanto a vontade exteriorizada e a vontade real das partes.

Em segundo lugar, é necessário que exista uma divergência entre a vontade real e a vontade declarada. A simulação pode ser absoluta ou relativa. Na simulação absoluta, as partes não desejam contratar porque a declaração exteriorizada não tem correspondência com uma qualquer vontade real de contratar. Na simulação relativa, prevista no art. 241º, existe vontade real de contratar, no entanto conforma uma divergência entre a vontade real e a vontade exteriorizada. A vontade exteriorizada é enformada por um negócio simulado porque esconde um outro negócio (dissimulado), havendo-se este último como a verdadeira vontade das partes que preside à contratação. A simulação relativa pode ser total ou parcial. É total quando o negócio dissimulado pertence a um tipo negocial distinto do negócio simulado. É parcial, quando o negócio simulado e o negócio dissimulado pertencem ao mesmo tipo negocial, mas apresentam diferenças (normalmente, na cláusula do preço)<sup>12</sup>.

Em terceiro lugar, é necessário que exista um intuito de enganar terceiros. Não é necessário que exista uma intenção de prejudicar terceiros, basta haver o intuito de enganá-los. O conceito de terceiro para o instituto da simulação não se refere apenas às

---

<sup>10</sup> Manuel de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1983, pp. 175-177; Galvão Telles, *Manual dos contratos em geral*, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 188 ss.; Castro Mendes, *Direito civil: teoria geral*, vol. II, Lições do ano jurídico de 1978-1979, ed. revista em 1985, AAFDL, Lisboa, 1995, pp. 237 ss.; Carvalho Fernandes, *Teoria geral do direito civil*, vol. II, 5ª ed., UCP, Lisboa, 2010, pp. 347 ss..

<sup>11</sup> Barreto Menezes Cordeiro, *cit.*, p. 753. A simulação, embora conhecida no direito romano, só se consolidou durante a padectística tardia no final do séc. XIX, cfr. Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português. Parte geral*, vol. I, tomo I, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, pp. 627-629 ss..

<sup>12</sup> Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 469-470.

peças estranhas ao negócio. Abarca qualquer sujeito que não conhecesse o conluio entre os simuladores.

Se adotarmos a teoria dualista do negócio fiduciário (cfr. secção 2.1.), as duas figuras jurídicas apresentam semelhanças: nas duas figuras jurídicas estamos na presença de dois negócios jurídicos. Na alienação em garantia, assumindo a transmissão como um negócio real distinto do negócio obrigacional, aparenta uma certa contradição. Transmitiu-se a titularidade plena de um bem para limitar os poderes do adquirente através de um negócio obrigacional. Para Manuel de Andrade, se o negócio fiduciário não é admissível, é um negócio simulado em que as partes recorrem a um tipo causal translativo previsto na lei, mas escondem um negócio jurídico obrigacional (pacto fiduciário)<sup>13</sup>. Embora, curiosamente, o A. note que a vontade real e a vontade declarada das partes são coincidentes.

A doutrina<sup>14</sup> moderna é unânime na distinção entre as duas figuras jurídicas. O critério de distinção reside na vontade das partes<sup>15</sup>. Enquanto na simulação existe uma divergência entre a vontade declarada e a vontade real, no negócio fiduciário a vontade declarada e a vontade real estão em sintonia.

#### *1.2.2. A contradição entre a causa objetiva do tipo contratual legal e os fins das partes*

Beleza dos Santos<sup>16</sup> distingue o negócio fiduciário e a simulação, concebendo o negócio fiduciário segundo a teoria do duplo efeito (cfr. secção 2.1.). O A. refere que as partes instrumentalizam o contrato de compra e venda (cuja função económico-social é a permuta) porque, na realidade, o contrato que realmente querem celebrar é uma compra e venda com fim de garantia. O A. argumenta que esta contradição, entre a causa do tipo legal da compra e venda e o fim prosseguido pelas partes, não é possível. As partes não podem celebrar um negócio positivo de alienação utilizando a regulação legal da compra e venda para limitá-lo com o negócio jurídico obrigacional negativo que destina-se a servir um fim de garantia. A lei quando atribui eficácia à transmissão

---

<sup>13</sup> Manuel de Andrade, *cit.*, vol. II, pp. 176-179.

<sup>14</sup> De entre todos, tanto a doutrina antiga e moderna, Cunha Gonçalves, *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*, vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 1932, pp. 715-716; Ferrer Correia, *Sociedades fictícias e unipessoais*, Livraria Atlantida, Coimbra, 1943, p. 170; Galvão Telles, *Manual dos contratos em geral*, p. 193; Manuel de Andrade, *cit.*, vol. II, p. 176; Pessoa Jorge, *O mandato sem representação*, Almedina, Coimbra, 1961, pp. 324-325; Carvalho Fernandes, *Teoria geral do direito civil*, vol. II, p. 347.

<sup>15</sup> Cariota-Ferrara, *I negozi fiduciari: trasferimento cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia*, CEDAM, Pádua, 1933, p. 44.

<sup>16</sup> Beleza dos Santos, *A simulação em direito civil*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1921, pp. 120-123.

do bem na compra e venda, só o faz porque pressupõe a função económico-social de permuta. O A. conclui que a compra e venda com fim de garantia só pode ser admitida nos sistemas jurídicos em que é irrelevante a demonstração da causa da atribuição.

Os negócios jurídicos de atribuição<sup>17</sup> apresentam duas espécies: os negócios jurídicos causais e os negócios jurídicos abstratos. São negócios jurídicos de atribuição todos os negócios através dos quais alguém atribui algo a outra pessoa (parte ou terceiro), seja a constituição de um direito a uma prestação ou a execução de uma prestação. Todos os negócios de atribuição precisam de uma causa que justifique a atribuição à outra parte no contrato, pode a causa residir no negócio jurídico celebrado ou num preceito legal que, porventura, obrigue alguém a atribuir algo a outra pessoa. A causa, neste sentido, significa que a atribuição foi realizada conforme ao direito. Nos negócios jurídicos abstratos, a causa da atribuição não é parte integrante do conteúdo do negócio jurídico. No direito alemão não se pode dizer que se transmitiu a propriedade em virtude da celebração de um contrato de compra e venda ou doação. O negócio jurídico real é um negócio jurídico abstrato em relação ao negócio jurídico obrigacional. A causa da atribuição não é elemento do conteúdo do negócio jurídico real, portanto não é possível invocar as exceções provenientes da causa da atribuição. Nos negócios jurídicos causais, a causa é elemento do conteúdo do contrato e fundamento da atribuição. Regra geral, os negócios jurídicos abstratos têm uma causa. Se assim não suceder, o negócio jurídico abstrato é válido, mas fundamenta uma pretensão por enriquecimento sem causa contra o *accipiens*. Nos negócios jurídicos causais, a falta de causa determina a inexistência do negócio jurídico, isto é, condiciona a eficácia da atribuição.

Beleza dos Santos mescla dois conceitos distintos de causa. A causa<sup>18</sup>, relevante para a qualificação, refere-se à função económico-social que brota do tipo legal candidato à qualificação que deve ser comparada com a função económico-social que emana do contrato. Este conceito de causa é relevante no processo de recondução de um contrato a um tipo legal. A causa (*Grund*) é entendida como fundamento de juridicidade e distingue-se consoante se refira a atos de disposição, cuja causa é revelada pelos contratos subjacentes, ou a contratos obrigacionais, cuja causa se confunde com o

---

<sup>17</sup> Sobre o conceito de causa da atribuição, Werner Flume, *El negocio juridico. Parte general del derecho civil*, tomo II, 4ª ed., trad. José María Miquel González e Esther Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 193 ss.. Igualmente, Vaz Serra, “Negócios abstractos. Considerações gerais. Promessa ou reconhecimento de dívida e outros actos”, in 83 B.M.J., Lisboa, 1959, pp. 5-9.

<sup>18</sup> Sobre os dois conceitos de causa, Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 121-130.

conteúdo do contrato. A causa (no sentido alemão de *Grund*) não é útil para o juízo de qualificação, exprime apenas a relação entre autonomia e heteronomia. A causa, neste sentido, exprime um juízo de licitude ou conformidade com o direito. Conforme refere Pais de Vasconcelos<sup>19</sup>, a falta da causa classificativa só traz a recusa da qualificação e não a falta de conformidade do contrato perante o direito, que é uma consequência da falta de causa como fundamento de juridicidade.

A posição de Pais de Vasconcelos merece um reparo. Tomando em consideração o princípio da causalidade no ordenamento jurídico português, a função económico-social<sup>20</sup> é relevante como fundamento de juridicidade na alienação em garantia, na medida em que é necessário, em princípio no ordenamento jurídico português, a alegação ou demonstração de uma causa-função, enquanto elemento do negócio jurídico, sob pena de inexistência da declaração negocial<sup>21</sup>.

Não é possível apoiar a inadmissibilidade do negócio jurídico na falta de correspondência da causa-função da alienação em garantia em relação à causa-função do tipo legal da compra e venda. O juízo que se pode retirar da falta de correspondência pertence à teoria da qualificação dos contratos, devendo o intérprete concluir que não está perante uma compra e venda. A constatação que a função económico-social da compra e venda é a troca, enquanto na venda em garantia a causa-função é a garantia, não serve, *per se*, para fundamentar a invalidade do contrato.

### 1.2.3. O princípio da tipicidade dos negócios com eficácia real

Manuel de Andrade<sup>22</sup>, em secção dedicada aos negócios fiduciários, enquanto figuras próximas da simulação, invoca um princípio da tipicidade das causas

---

<sup>19</sup> Nota de rodapé n.º 254, Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, p. 131.

<sup>20</sup> A doutrina causalista dividiu-se em três concepções de causa do contrato: objetiva, subjetiva e eclética. A corrente subjetiva teoriza que a causa do contrato são os motivos que levaram as partes a contratar, sejam eles típicos (que se confunde com a causa objetiva, na concepção eclética) ou atípicos (uma miríade de motivos pessoais). A causa objetiva do contrato (ou função económico-social) é um tema muito discutido na teoria do negócio jurídico, no entanto deve ser expurgada de quaisquer considerações subjetivas, que se confundam com os motivos. A causa do contrato é sempre uma causa objetiva. As classificações, no entanto, que resultam dos autores que se pronunciam sobre a causa objetiva são múltiplas. Seguimos, por entendermos ser a mais explicativa, a classificação de Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol. II, pp. 496 ss.. O A. aproveita, igualmente, para apresentar o conceito de causa do contrato e as várias correntes doutrinárias. Cfr., igualmente, Galvão Telles, *Manual dos contratos em geral*, pp. 287 ss..

<sup>21</sup> Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 513-514.

<sup>22</sup> Manuel de Andrade, *cit.*, vol. II, p. 177.

transmissivas<sup>23</sup>. Quando escreve que não existem, geralmente, negócios translativos abstratos no ordenamento jurídico português (“a não ser, porventura, quanto aos títulos de crédito”) alega que “não há para o Direito – como também não há para a vida real – uma transmissão pura e simples (um ou vários tipos), mas só uma transmissão venditória (*venditionis causa*), uma transmissão donatória (*donationis causa*), uma transmissão mutuária (*credendi causa*), uma transmissão solutória (*solutionis causa*), etc.”

Assumindo o princípio da tipicidade das causas transmissivas, Manuel de Andrade alega, sem mais explicações, a existência de um princípio da tipicidade dos negócios com efeitos reais. Orlando de Carvalho assume, igualmente, que a maioria da doutrina defende um princípio da tipicidade dos negócios com eficácia real<sup>24</sup>. Manuel de Andrade assumiu a invalidade do negócio fiduciário porque não encontrou legalmente tipificada uma transmissão *fiduciae causa*.

Embora seja certo que existe um princípio da tipicidade das causas transmissivas no direito português porque vigora o princípio da causalidade e da tipicidade dos direitos reais, não é possível retirar destes princípios a existência de um princípio da tipicidade dos negócios com eficácia real.

O n.º 1 do art. 1306º refere que “não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional”.

Oliveira Ascensão considera que há uma infelicidade na redação do preceito porque a expressão “senão nos casos previstos na lei” pode ser interpretada no sentido de limitar os factos constitutivos e os direitos, em si mesmo considerados. O legislador colocou-se no plano da constituição dos direitos reais para acentuar que a limitação se dirigia aos particulares. Não obstante, o seu intuito era restringir o número de direitos reais quanto ao seu conteúdo.

Não existe qualquer princípio da tipicidade dos factos transmissivos de direitos reais. Esta ideia resulta com clareza do art. 939º porque a sua aplicação assume, naturalmente, especial relevância perante contratos legalmente atípicos.

---

<sup>23</sup> Note-se que não nos referimos à causa (função económico-social) do negócio jurídico, mas à causa da atribuição patrimonial. Manuel de Andrade sempre assumiu a inexistência do conceito de causa do contrato, enquanto elemento autónomo do negócio jurídico.

<sup>24</sup> *Negócio jurídico indirecto*, vol. I, in *Escritos. Páginas de direito*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 83-86. Embora o A. se retrate mais tarde, admitindo que contratos atípicos produzam efeitos reais, *Direito das coisas (do direito das coisas em geral)*, Coimbra, reimpressão da ed. de 1977, pp. 252-253.

A norma que permite a atipicidade dos negócios jurídicos com eficácia real e que consagra o princípio da consensualidade é o art. 408º quando, em termos amplos, prevê que “a constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada dá-se por mero efeito do contrato, salvas as exceções previstas na lei” e o n.º1 do art. 401º que consagra o princípio da liberdade contratual.<sup>25</sup>

Este equívoco parece resultar da posição que a doutrina clássica italiana<sup>26</sup> assume perante o art. 1372º do CCIt com a epígrafe “eficácia do contrato” que declara que os contratos não produzem efeitos perante terceiros, salvo nos casos previstos na lei. Deste preceito, a doutrina pressupõe a existência de um princípio da tipicidade legal dos negócios jurídicos com eficácia real. Não sucede no ordenamento jurídico português, portanto concluímos que a alienação em garantia não pode ser inválida apenas porque é um negócio legalmente atípico com eficácia real<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Oliveira Ascensão, *A tipicidade dos direitos reais*, Livraria Petrony, Lisboa, 1968, pp. 168 ss.. No mesmo sentido, Dias Marques, *Direitos reais (parte geral)*, vol. I, lições aos cursos de 1958/1959 e 1959/1960 da FDL, pp. 22-23; Pessoa Jorge, *Mandato sem representação*, pp. 317-318; Menezes Cordeiro, *Direitos reais*, Lex, Lisboa, 1993, reimpressão da ed. de 1979, pp. 329-338; Carvalho Fernandes, *Lições de direitos reais*, 6ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2009, pp. 78-88; Menezes Leitão, *Direitos reais*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 23-24. Não encontramos nenhum A. que aderisse à posição de Manuel de Andrade.

<sup>26</sup> Sobre a tipicidade dos direitos reais no direito italiano e o art. 1372º, Alessandro Natucci, *La tipicità dei diritti reali*, Cedam, Pádua, 1988, pp. 153 ss..

<sup>27</sup> No mesmo sentido para a cessão de créditos em garantia, Pereira das Neves, *A cessão de créditos em garantia: entre a realização das situações obrigacionais e a relativização das situações reais*, FDUNL (tese de doutoramento), 2005, pp. 71-72.





## 2. Natureza jurídica da alienação em garantia

### 2.1. A teoria unitária e a teoria dualista do negócio fiduciário

A conceção clássica<sup>28</sup> da estrutura dos negócios fiduciários – e, historicamente por inerência, da alienação em garantia – identifica dois negócios jurídicos com efeitos distintos em união de negócios jurídicos. Une-se um negócio jurídico obrigacional negativo – o pacto fiduciário – que destina-se a regular os poderes e deveres do adquirente em relação aos bens transmitidos com fim de garantia, nomeadamente constituindo-se a obrigação de restituição dos bens para o alienante, em caso de cumprimento do crédito garantido. O segundo é um negócio jurídico real positivo que opera a transmissão de um direito de crédito ou real para o adquirente. Esta conceção foi denominada por Castro y Bravo de teoria do duplo efeito<sup>29 30</sup>.

Esta teoria só pode ser verdadeiramente entendida no seu contexto. A teoria do duplo efeito tem, como pano de fundo, o sistema jurídico alemão para a transmissão de direitos de crédito e reais. Na Alemanha, o contrato de compra e venda, *v.g.*, só produz efeitos obrigacionais<sup>31</sup>, os efeitos reais não são constituídos pelo contrato de compra e venda. É necessário, para a transmissão do direito, um outro negócio jurídico – de carácter abstrato – que só produz efeitos reais (a transmissão do direito de propriedade opera-se com a entrega da coisa ou o registo). O sistema que está subjacente ao ordenamento jurídico alemão de transmissão de direitos é o sistema do modo<sup>32</sup>.

No sistema português vigora o princípio do consensualismo. Em princípio, a entrega não é necessária para operar a transmissão da coisa. O sistema para a transmissão de direitos é o sistema do título e, convencionalmente, do título e do modo (o princípio do consensualismo conta com numerosas exceções, desde logo, as elencadas no n.º 2 do art. 408º). Não se vislumbram razões quer de regime jurídico, quer quanto à natureza jurídica, para a complexificação da alienação em garantia em dois

---

<sup>28</sup> A conceção clássica é da autoria de Ferdinand Regelsberger, *Pandekten*, 1893, p. 518, *apud* Francesco Ferrara, *Della simulazione dei negozi giuridici*, 3ª ed., Società Editrice Libreria, Milão, 1909, p. 57.

<sup>29</sup> Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, pp. 381 ss..

<sup>30</sup> Apoiando a teoria do duplo efeito no negócio fiduciário, *cfr.* acórdão do TRE de 06/28/2017 (Tomé de Carvalho), *proc. n.º 687/16.2T8PTG.E1* e acórdão do TRE de 12/15/2009 (Fernando Bento), *proc. n.º 283/2002.E1*.

<sup>31</sup> Sobre a aquisição da propriedade por transmissão no direito alemão, Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp, Martin Wolff, *Tratado de derecho civil. Derecho de cosas*, vol. I, tomo III, trad. Blas Pérez González e José Alguer, Bosch, Barcelona, 1936, pp. 383 ss.. Sobre o contrato de compra e venda no direito alemão, Raúl Ventura, “O contrato de compra e venda no Código Civil”, 43 ROA, Lisboa, 1983, pp. 588 ss..

<sup>32</sup> Pinto Duarte, *Curso de direitos reais*, 3ª ed., Principia, 2013, p. 59.

negócios jurídicos distintos, no sistema jurídico português em que a transmissão de direitos reais ocorre, por princípio, por mero efeito do contrato (n.º 1 do art. 408º). Na nossa opinião, por analogia, deve ser aplicado o mesmo preceito legal aos direitos de crédito porque existe lacuna<sup>33</sup>.

A aptidão transmissiva (ou negócio real na teoria do duplo efeito) não é um pressuposto do negócio fiduciário. Lipari classifica os negócios fiduciários em dinâmicos e estáticos. O negócio fiduciário dinâmico pressupõe a transmissão da titularidade de um direito previamente à eficácia da relação fiduciária seja a transmissão protagonizada pelo fiduciante ou terceiro. Na fidúcia estática existe apenas a assunção da obrigação pelo fiduciário de exercer a titularidade do direito no interesse do beneficiário<sup>34</sup>. A conceção da teoria dualista não é suficientemente ampla para incluir a fidúcia estática porque não consubstancia um negócio translativo. Não é razoável negar a qualificação como negócio fiduciário à fidúcia estática apenas porque não consubstancia uma transmissão, verificando-se uma atuação do fiduciário que se comprometeu a atuar no interesse e por conta do fiduciante, em relação a determinados direitos que já integravam o seu património.

O contrato de alienação em garantia não tem a sua estrutura assente numa união de negócios jurídicos<sup>35</sup>. Uma união de negócios jurídicos tem como requisito, pelo menos, dois negócios<sup>36</sup>. A separação dos efeitos obrigacionais em relação aos efeitos reais é engenhosa, mas artificial<sup>37</sup>. O contrato é unitário com eficácia real e obrigacional. A eficácia real produz a transmissão do direito e os efeitos obrigacionais esclarecem a posição jurídica do adquirente e do alienante, conformando-a com a função de garantia. A teoria dualista não é um elemento caracterizador do negócio fiduciário porque a estrutura dualista ocorre em outros tipos contratuais no sistema

---

<sup>33</sup> Esta posição é controversa. A doutrina divide-se quanto aos requisitos para a transmissão do direito de crédito. Para a maioria dos autores, a transmissão dos direitos de crédito carece de dois atos: o contrato e a notificação ao devedor cedido. Em caso de inexistência de notificação, a eficácia da cessão é circunscrita às partes porque a notificação é elemento necessário para a oponibilidade a terceiros. Para uma crítica a esta posição, aplicando o princípio do consensualismo à transmissão dos direitos de crédito e reconhecendo à notificação um papel de tutela do devedor cedido e não notificado (relacionando-se com a eficácia liberatória do cumprimento feito ao cedente), Assunção Cristas, *Transmissão contratual do direito de crédito: do carácter real do direito de crédito*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 552-566.

<sup>34</sup> Nicolò Lipari, *Il negozio fiduciario*, Giuffrè, Milão, 1971 (reimp. da ed. de 1966), p. 153.

<sup>35</sup> No mesmo sentido, Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, p. 262; Barreto Menezes Cordeiro, *cit.*, pp. 918-919. Carvalho Fernandes, “A admissibilidade do negócio fiduciário no Direito Português”, p. 252, *Ars Iudicandi: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. II: *Direito Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008. Em sentido contrário, seguindo a teoria do duplo efeito, Beleza dos Santos, *A simulação em direito civil*, Coimbra Editora, 1921, pp. 114-115.

<sup>36</sup> Sobre a união de contratos, Vaz Serra, “União de contratos. Contratos mistos”, sep. 91 BMJ, Lisboa, 1960, pp. 6 ss..

<sup>37</sup> Barreto Menezes Cordeiro, *cit.*, p. 917.

alemão de transmissão de direitos de crédito e reais. Esta teoria contaminou o negócio fiduciário de equívocos nos sistemas causais, abordados ao longo do texto.

## 2.2. *A desproporcionalidade dos meios jurídicos face aos fins económicos e o risco fiduciário*

É comum a doutrina<sup>38</sup> referir que é característica do negócio fiduciário a desproporcionalidade dos meios jurídicos que se utilizam, face aos fins económicos prosseguidos (sem justificar adequadamente este entendimento). As partes recorrem a um contrato típico, mas excedem os propósitos do tipo contratual legal pelo fim económico prosseguido. A teoria do duplo efeito é impressiva para, supostamente, demonstrar esta situação: o negócio jurídico real investe o fiduciário na titularidade de um direito, mas este é limitado na sua atuação pelo pacto fiduciário.

O fiduciante na transmissão da titularidade de um direito concederia mais poderes ao fiduciário do que aqueles que seriam necessários para o fim prosseguido pelas partes<sup>39</sup>. Na alienação em garantia, a transmissão da titularidade de um direito excederia o fim de garantia prosseguido pelas partes. Nas garantias reais do cumprimento das obrigações previstas no Código Civil, não é necessário a transmissão da titularidade do direito para o credor garantido para satisfazer o fim económico de garantia prosseguido pelas partes. Existiria com a transmissão da titularidade do direito, um excesso de poderes (abstratos) concedidos ao adquirente em relação ao objeto da situação jurídica de garantia face ao que seria necessário para garantir o cumprimento de uma obrigação.

Uma conceção unitária de negócio fiduciário concebe que as partes realizem um negócio jurídico com eficácia real e obrigacional, sem se poder dizer que exista uma desproporcionalidade dos meios jurídicos utilizados em relação aos fins económicos pretendidos porque a relação desenhada pelas partes corresponde, inteiramente, às suas pretensões<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Vaz Serra, “Cessão de Créditos ou de outros direitos”, BMJ, número especial, 1955, pp. 157-158; Pessoa Jorge, *O mandato sem representação*, p. 325; Beleza dos Santos, *A simulação em direito civil*, vol. I, p. 115; Galvão Telles, *Manual dos contratos em geral*, p. 190. Contra, Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, pp. 263-267, porque pensa que o meio é necessário para o fim em vista; Igualmente, Carvalho Fernandes, “A admissibilidade do negócio fiduciário”, p. 229.

<sup>39</sup> Francesco Ferrara, *cit.*, pp. 56 ss.; Emilio Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1994, p. 315.

<sup>40</sup> Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, pp 263 ss.; *Em tema de negócio fiduciário*, FDL (teses de mestrado), Lisboa, 1985, pp. 11-16.

Aquela conceção<sup>41</sup> resulta de uma ideia de sujeição do fiduciante ao risco fiduciário aparentemente inerente ao negócio fiduciário, isto é, o risco de que o fiduciário abuse dos seus poderes e não cumpra o plano obrigacional acordado<sup>42</sup>. Este risco apresenta dois corolários: risco de recusa de retransmissão do bem após cumprimento da obrigação garantida e risco de alienação do bem a terceiros. Não se pode dizer que este risco seja privativo do negócio fiduciário e elevado a traço estruturante do negócio. O risco de não cumprimento existe em qualquer relação obrigacional. Não é elemento caracterizador do negócio fiduciário uma especial confiança (*fiducia*) do fiduciante perante o fiduciário, porque essa confiança existe normalmente em todos os tipos contratuais em que se desenvolvam relações entre credor e devedor. O excesso dos propósitos das partes face ao meio jurídico utilizado só pode ser avaliado no plano das vicissitudes da relação obrigacional, em concreto, em caso de não cumprimento do acordo. Não é característica do negócio fiduciário uma desproporção dos meios jurídicos face aos fins económicos.

Determinada a estrutura do contrato, devemos interrogar-nos se existe um tipo legal que o regule. Agora o problema já não é descobrir se estamos perante um contrato unitário ou união de negócios jurídicos. Pretendemos descobrir se o contrato é legalmente típico ou atípico. Se é legalmente atípico, estamos perante um contrato atípico misto ou contrato indireto<sup>43</sup>.

### *2.3. A recondução do contrato a um tipo legal*

A qualificação de um contrato como pertencente a um tipo legal tem consequências importantes na relação entre a sua parte dispositiva e as normas injuntivas que o regulam. Qualificar um contrato como pertencendo a um determinado tipo contratual legal, significa reconhecer que o legislador lhe atribuiu uma regulação, servindo de base para o intérprete procurar soluções para os problemas jurídicos que encontre.

A qualificação de contratos é um juízo que procura determinar se certo contrato é regulado por um tipo contratual legal. Esse juízo faz-se por uma pré-interpretação do

---

<sup>41</sup> André Figueiredo, *cit.*, pp. 79-82.

<sup>42</sup> Tomando o risco fiduciário como característica essencial do negócio, cfr. acórdão do STJ de 06/25/2013 (Fonseca Ramos), proc. n.º 532/2001.L1.S1.

<sup>43</sup> Rejeitamos a ideia da existência de contratos atípicos puros porque suporia uma total carência de regulação na ordem jurídica. Os contratos atípicos puros não podiam logicamente ser ordenados em tipos contratuais. Cfr. Helena Brito, *O contrato de concessão comercial*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 169-170.

contrato que pretende-se qualificar, que tem de ser comparada com o tipo contratual legal proposto para a qualificação, isto é, com o sentido imanente que brota do tipo contratual e o texto do negócio jurídico<sup>44</sup>.

A correspondência entre o contrato e o tipo não precisa de ser total, o juízo através do método tipológico é gradativo. Certo contrato deve ser inserido em determinado tipo porque aquele apresenta semelhanças que o permitem qualificar como pertencendo a este último. A principal dificuldade da teoria da qualificação dos contratos é determinar se certo contrato é típico ou legalmente atípico<sup>45</sup>.

Os tipos contratuais legais, geralmente, não têm notas essenciais<sup>46</sup> que permitam fundar um juízo binário (de inclusão ou exclusão no tipo) quando verificam-se. Os tipos legais têm características (índices do tipo) que nos auxiliam na qualificação de um contrato, mas esses índices não necessitam de verificarem-se na totalidade (nem com a mesma intensidade) para qualificarmos um contrato como pertencendo a determinado tipo legal. As fronteiras do tipo são fluídas, mas têm limites. Se concluirmos que o legislador não regulou o contrato através da comparação deste com o catálogo de tipos legais disponíveis, verificamos que o contrato em presença é legalmente atípico<sup>47</sup>.

A alienação em garantia pode ser descrita, provisoriamente, como o contrato pelo qual uma pessoa (alienante) transmite a titularidade de um direito para outra (adquirente), facultando ao adquirente o direito de *executar*<sup>48</sup> os bens transmitidos em garantia e satisfazer-se com o seu montante em caso de incumprimento da obrigação garantida. Em caso de cumprimento da obrigação garantida o adquirente obriga-se a

---

<sup>44</sup> Citando José Lamego, *Hermenêutica e jurisprudência. Análise de uma recepção*, Editorial Fragmentos, 1990, p. 187, “A «pré-compreensão» significa uma antecipação de sentido do que se compreende, uma expectativa de sentido determinado pela relação do intérprete com a coisa no contexto de dada relação. A consciência da irredutibilidade da «pré-compreensão» (e a impossibilidade de um conhecimento crítico que não seja afetado por um conhecimento pré-predicativo) não significa resignação à subjetividade existencial, mas é ela própria condição de «verdade». Para a Hermenêutica, a circularidade do processo de compreender afasta a pretensão de uma intelecção pura, apontando para o carácter situado de todo o conhecimento.”

<sup>45</sup> Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, pp. 170-174.

<sup>46</sup> Não é pertinente explicar em detalhe a teoria dos *essentialia* e o valor jurídico das definições para a presente dissertação. Nos tipos contratuais legais, geralmente, não existem elementos essenciais cuja verificação em determinado contrato é suficiente para proceder à sua qualificação no tipo contratual legal correspondente. E as definições legais de contratos devem ser interpretadas devidamente, procurando descobrir se deve ser realizada uma leitura tipológica ou conceptual-subsuntiva. Sobre a teoria dos *essentialia* e o valor jurídico das definições, Pinto Duarte, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 79 ss.. Sobre o pensamento tipológico e o valor jurídico das definições legais, Teixeira de Sousa, “Linguagem e direito”, *Estudos em homenagem do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Almedina, 2008, pp. 284 ss..

<sup>47</sup> Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, pp. 165-189.

<sup>48</sup> Com o sentido exposto na secção 2.4.4.5..

retransmitir o direito para o alienante. Ademais, aquele compromete-se, obrigacionalmente, em não comprometer o propósito de garantia do contrato.

Partindo destas características, é necessário analisar os tipos legais catalogados pelo legislador para determinar se estamos na presença de um contrato legalmente típico ou atípico. Não é necessário realizar essa comparação com todos os tipos legais disponíveis, mas apenas com aqueles que partilhem semelhanças com a alienação em garantia.

### *2.3.1. Propriedade reservada*

O instituto da reserva de propriedade foi admitido, em termos amplos, pelo legislador português. A cláusula de reserva de propriedade pode ser estipulada em qualquer contrato de alienação, embora seja comum na prática a sua estipulação no contrato de compra e venda.

É comum dizer-se que a reserva de propriedade serve uma função de garantia para o vendedor, até pagamento integral do preço. Em rigor, no direito português qualquer outro evento pode servir para a transmissão do direito de propriedade<sup>49</sup>.

A diferença ao nível da estrutura é evidente. Na reserva de propriedade a titularidade do direito permanece no vendedor, na alienação em garantia é atribuído ao adquirente<sup>50</sup>. Quanto à execução existem igualmente diferenças. Na propriedade reservada, o vendedor tem duas opções: pode permanecer na titularidade do direito, resolvendo o contrato se o evento que desencadeia a transmissão não suceder, e exigir a restituição da coisa. Se o evento é o cumprimento de uma obrigação pode insistir no cumprimento se tiver mais interesse nessa situação do que na resolução do contrato. Neste caso, a reserva de propriedade mantém-se até satisfação integral do credor<sup>51</sup>. A execução nesta situação incide, segundo o n.º 1 do art. 735º do CPC, sobre “os bens do devedor suscetíveis de penhora que, nos termos da lei substantiva, respondem pela dívida exequenda”. A coisa que é objeto da cláusula de reserva de propriedade não é meio alternativo de satisfação da dívida exequenda porque o titular do direito de propriedade é o vendedor. Não é possível executar bens próprios do exequente. A propriedade reservada não se compadece com a coexistência de uma relação principal e uma relação de garantia. Na alienação em garantia, o adquirente é satisfeito através do

---

<sup>49</sup> Ao contrário do que sucede no direito italiano, cfr. art. 1523º CCI.

<sup>50</sup> Pereira das Neves, *cit.*, p. 66.

<sup>51</sup> Maria Peralta, *A posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva de propriedade*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 94.

produto da venda do bem (cuja titularidade lhe pertence) a terceiro ou permanecendo na titularidade do direito.

A propriedade reservada, pela sua estrutura, não pode servir de modelo à alienação em garantia.

### *2.3.2. Penhor e a hipoteca*

O regime do penhor e da hipoteca têm, igualmente, diferenças estruturais consideráveis em relação à alienação em garantia. Em primeiro lugar, os primeiros constituem um direito real menor (na esfera do credor garantido) em relação à titularidade absoluta (a propriedade). Em segundo lugar, incidem sobre bens alheios ao património do credor garantido. Radicalmente distinta, a alienação em garantia incide sobre bens transmitidos ao credor garantido pelo alienante, isto é, o objeto da garantia são bens cuja titularidade pertence ao credor garantido.

Devem ser notadas as semelhanças que são aprofundadas na secção que dedicamos às garantias especiais do cumprimento das obrigações (cfr. 2.4.3.3.). No penhor e na hipoteca, a obrigação garantida não é constituída pelos contratos de penhor ou hipoteca. A mesma situação ocorre na alienação em garantia, em que a obrigação garantida é um efeito, as mais das vezes, de um contrato de financiamento que se distingue do contrato de alienação em garantia.

### *2.3.3. Compra e venda, em especial a venda a retro*

O contrato de compra e venda é apto para transmitir direitos, sejam de crédito ou reais. A compra e venda tem, em princípio, como efeito real a transmissão de um bem para o comprador, obrigando-se o comprador a pagar o preço e o vendedor a entregar o bem.

Se observarmos, estruturalmente, notamos aparentemente semelhanças com a alienação em garantia. O comprador no contrato de compra e venda é o adquirente na alienação em garantia. O vendedor é o alienante. O preço prestado pelo comprador é, afinal, um empréstimo. É estipulada uma cláusula de venda a retro cujo *preço* é a soma do pagamento do capital e juros do empréstimo.

Esta conceção deve ser rejeitada. Por várias razões. Em primeiro lugar, funcionalmente, nas palavras de Pais de Vasconcelos<sup>52</sup>, o preço é “querido e estipulado

---

<sup>52</sup> Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, p. 146.

pelas partes como contrapartida económica da coisa vendida, ainda que o valor não seja exatamente o mesmo para ambas as partes”.

Na alienação em garantia, o montante pago pelo comprador (adquirente) ao vendedor (alienante) não é um preço. É um financiamento de capital que deve ser retribuído com juros (ou por qualquer outro meio) mais tarde. As partes não querem que esse montante seja uma contrapartida económica da coisa vendida, mas um empréstimo de capital.

A obrigação garantida não é querida e estipulada pelas partes como contrapartida económica da coisa vendida. O valor da obrigação garantida (coberta sobre a veste de uma cláusula a retro ou de um preço de um pacto de retrovenda) é um montante de capital e juros prestado, as mais das vezes, pelo adquirente ao alienante. A obrigação garantida corresponde ao pagamento de capital e juros de um contrato de financiamento que, em termos lógicos, coexiste com a alienação em garantia, mas que se distingue desta.

A cláusula a retro configura-se como um direito potestativo do vendedor à resolução do contrato. A obrigação de retransmissão na alienação em garantia não é uma cláusula resolutiva, mas uma obrigação que se torna exigível mediante o cumprimento da obrigação garantida. Ou, escrito de outra forma, na venda a retro o vendedor tem um direito potestativo à resolução do contrato que só pode ser exercido mediante o reembolso do preço ao comprador, colocando o comprador num estado de sujeição durante determinado período de tempo. Na alienação em garantia, o alienante exige o cumprimento da obrigação de retransmissão dos bens quando por qualquer causa é extinta a obrigação garantida.

Por outro lado, a qualificação de um contrato, com as características mencionadas acima, como compra e venda com cláusula a retro implicaria a aplicação do regime estabelecido no art. 928º, que estabelece a nulidade de qualquer cláusula que atribua vantagem ao comprador devido à resolução do contrato. O comprador, segundo o art. 931º, só tem direito ao “reembolso do preço, despesas com o contrato e outras acessórias”.

Finalmente, a função económico-social do contrato de compra e venda é a troca. Nos contratos de troca existe uma bilateralidade da relação custo/benefício, “isto é, pela existência de sacrifícios e vantagens para cada uma das pessoas envolvidas, e pela divergência de finalidades: a finalidade global do ato (troca de bens e/ou serviços) e as finalidades pessoais típicas. A bilateralidade, como tal, revela-se na própria estrutura do



negócio, através da referência, que a função troca implica, a uma dualidade de pessoas, em cada uma das quais coincide a qualidade de sujeito e beneficiário, e a uma dualidade de objetos, integrados em diferentes sintagmas actanciais, isto é, representativos de custos que incidem sobre o património de cada um dos sujeitos<sup>53</sup>.

Na compra e venda é a função de troca que explica o sinalagma que existe entre a obrigação de pagamento do preço e a obrigação de entrega da coisa. Este sinalagma não se insere na natureza jurídica da alienação em garantia porque o *preço* (empréstimo de capital) não é um efeito do contrato de alienação em garantia, mas de um outro contrato (normalmente, de financiamento) porque é pressuposto da constituição de uma situação jurídica de garantia, a existência de uma situação jurídica garantida, neste caso uma obrigação (cfr. secção 2.4.3.3.). Ao invés, no contrato de compra e venda, em princípio, as obrigações de pagamento do preço e entrega da coisa vendida constituem-se simultaneamente.

Na alienação em garantia, a finalidade global do ato é suprir a frustração de um direito de crédito cuja fonte, as mais das vezes, é um contrato de financiamento celebrado entre o adquirente (mutuante) e alienante (mutuário). Conforme analisaremos, a sua função é uma função económico-social de garantia.

Por todas estas razões, estruturais e funcionais, pensamos que se ultrapassou a elasticidade do tipo, frustrando a aplicação direta do regime da compra e venda, em especial da venda a retro, à alienação em garantia<sup>54</sup>.

## *2.4. A negação da recondução do contrato a um tipo legal*

### *2.4.1. A teoria da alienação em garantia, enquanto contrato indireto de venda a retro*

A desaplicação do regime da compra e venda não pode ser encerrada sem mais discussão. Houve quem defendesse que a venda em garantia pode ser estruturada como um contrato indireto de venda a retro<sup>55</sup>. As partes querem utilizar o tipo contratual da compra e venda para um fim que não corresponde à função económico-social típica de

---

<sup>53</sup> Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol. II, pp. 521-522.

<sup>54</sup> No mesmo sentido, Carvalho Fernandes, “A admissibilidade do negócio fiduciário”, p. 233, refere que não é uma “venda, se se tratar de direitos reais, nem uma cessão, se se referir a direitos de crédito”.

<sup>55</sup> Alguma jurisprudência sufragava que a alienação em garantia é um contrato indireto de compra e venda. Cfr. acórdão do TRP de 05/10/2011 (Vieira e Cunha), proc. n.º 1942/06.5TBMAIP1 e acórdão do STJ de 03/16/2011 (Lopes do Rego), proc. n.º 279/2002.E1.S1.

troca da compra e venda<sup>56</sup>. As partes desejam o regime da compra e venda para operar a transmissão, mas celebram um pacto de adaptação (o pacto fiduciário) para conformar o negócio com o fim de garantia que têm em vista.

Convém notar que a venda a retro como modelo à alienação em garantia acaba por desfigurar este último contrato. Como vimos, existem diferenças estruturais significativas e a função prosseguida não é semelhante. Por outro lado, podia implicar a confusão quanto ao momento de constituição do contrato de financiamento e a constituição da garantia com prejuízo para a descoberta do regime legal potencialmente aplicável para ambos.

O afastamento da tipicidade do contrato é descoberto pela modificação na função económico-social típica da compra e venda (troca) porque é essencial, para as partes, que a função económico-social de garantia realize o fim que pretendiam com o negócio jurídico. Dito de outra forma, se as partes pretenderam instrumentalizar o regime da compra e venda para a prossecução de uma função de garantia, é porque atribuíram relevância a esta última função.

O que nos parece decisivo é que a causa-atribuição do contrato de compra e venda revela a sua inaptidão estrutural para servir um propósito de garantia. O regime da venda a retro, como vimos, apenas atribui ao vendedor o direito potestativo à resolução do contrato, ao invés da atribuição de um direito de crédito à transmissão do objeto vendido. Ainda que se convencionasse um pacto de retrovenda (uma compra e venda com promessa de revenda) não se compreenderia, em caso de incumprimento de uma prestação do preço, a possibilidade do putativo vendedor de exigir o direito à diferença entre o montante do preço não pago e o valor do bem à data do incumprimento através do recurso ao regime da compra e venda. Esta última possibilidade nominada por pacto marciano, desconhecendo-se autores que não admitam, só é explicada pela função económico-social de garantia e pela causa-atribuição deste tipo de contratos, conforme adiante se explica (cfr. secção 3.1.).

O Código Civil de 1966 admite a validade da venda a retro, mas sanciona com a nulidade qualquer cláusula que atribua ao comprador qualquer vantagem pela resolução

---

<sup>56</sup> Manuel de Andrade, *cit.*, vol. II, p. 179. Para Manuel de Andrade e Orlando de Carvalho, *ibid.*, p. 100 e p. 145, o negócio jurídico indireto é um contrato típico. Não podemos concordar com esta asserção. O contrato indireto é um contrato legalmente atípico; a modificação do tipo resulta da sua utilização para um fim que não é típico desse tipo contratual. Cfr. Oliveira Ascensão, *Direito civil. Teoria geral: relações e situações jurídicas*, vol. III, Coimbra, 2002, pp. 306 ss; Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, pp. 248 ss.. Não é possível ajuizar, *a priori*, a invalidade de um contrato por ser indireto, mas antes pelos seus próprios méritos. A qualificação de um contrato como indireto serve, historicamente, o propósito de autonomizar estes contratos dos regimes da simulação e fraude à lei.

do contrato e considera nula, quanto ao excesso, a estipulação de preço superior ao praticado na venda (art. 931º). Afigura-se, tomando em consideração a natureza imperativa do preceito, que o regime da venda a retro não é um instrumento adequado para a função de garantia<sup>57</sup> que as partes desejam prosseguir com o contrato de alienação em garantia<sup>58</sup>. Em primeiro lugar, por todas as diferenças estruturais e funcionais que foram apontadas. Em segundo lugar, porque o comprador/mutuante não pode, através do regime da venda a retro, obter o ressarcimento do custo do financiamento, recebe apenas o preço que havia pago. Em terceiro lugar, a negação da qualificação com o contrato de compra e venda, para aplicá-lo *indiretamente*, é um contrassenso. O regime jurídico da compra e venda não resolve as questões essenciais que sobrevêm à alienação em garantia no que respeita à sua validade, efeitos e conteúdo, é estrutural e funcionalmente desadequado e consequentemente é impréstável para lhe servir de base legal.

2.4.2. *A utilização da compra e venda como tipo de referência da alienação em garantia e a prevalência da analogia sobre a integração contratual e interpretação complementadora. Crítica e posição adotada.*

Pais de Vasconcelos<sup>59</sup> e Costa Gomes<sup>60</sup> reiteram que a venda em garantia é um contrato legalmente atípico e misto que, geralmente, utiliza o tipo contratual da compra e venda como tipo de referência. A modificação no tipo residiria na sua função económico-social. A nominação do contrato como “compra e venda em garantia”, mais não é que uma qualificação errónea do contrato, cuja eficácia se limitaria à utilização da compra e venda como tipo de referência.

A relevância dos tipos de referência é desenvolvida por Pais de Vasconcelos<sup>61</sup>. Nos contratos mistos construídos por referência a um tipo, o conteúdo regulativo do tipo de referência pode servir de ajuda na concretização da regulação contratual para o intérprete. A aplicação das normas do tipo de referência deve, segundo o A., ser

---

<sup>57</sup> Recentemente, Pestana de Vasconcelos, “A venda a retro como instrumento de concessão de crédito garantido. Do direito civil ao direito bancário”, 4 RFDUP, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 223 ss., defende que é possível descobrir uma função de garantia na compra e venda a retro. As suas proposições, embora interessantes e discutíveis, não relevam para o objeto desta tese.

<sup>58</sup> No mesmo sentido, Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, vol. III, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 75.

<sup>59</sup> *Contratos atípicos*, pp. 282-283.

<sup>60</sup> *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 86.

<sup>61</sup> Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, pp. 372-374.

realizada com cuidado, sem consumir a regulação contratual que visa concretizar e a parte dispositiva do tipo, naturalmente, pode ser derogada por vontade das partes. No entanto, não podemos concordar quando sufraga que as estipulações das partes podem derogar preceitos injuntivos do(s) tipo(s) de referência, desde que não atentem contra a ordem pública.

Conforme expõe Pinto Duarte<sup>62</sup>, o art. 239º parece conter pelos seus dois critérios - vontade hipotética das partes e boa fé - a solução para todos os problemas que o intérprete possa enfrentar. A interpretação complementadora e a integração contratual não podem prevalecer perante as normas do tipo legal desde que haja analogia. O A. argumenta que os arts. 939º e 1156º estendem a aplicação das normas dos tipos legais a contratos que a lei não tipificou, permitindo concluir “por uma “força expansiva” geral das normas dos contratos típicos”<sup>63</sup>. Considera não ser possível a prevalência das disposições contratuais que violem preceitos legais de natureza injuntiva, se for possível a aplicação analógica. Esta posição merece o nosso apoio.

Por outro lado, a referência apenas à compra e venda como tipo de referência na alienação em garantia (ou, como dizem os autores, venda em garantia) não é suficientemente explicativa, embora pudesse ser apoiada numa leitura tipológica do art. 939º que refere “as normas da compra e venda são aplicáveis aos outros contratos *onerosos* pelos quais se alienem bens ou se estabeleçam encargos sobre eles, na medida em que sejam conformes com a sua *natureza* [...]”. Como veremos na secção que dedicamos à estrutura e função das garantias especiais do cumprimento das obrigações (cfr. secção 2.4.3.3.), a alienação em garantia apresenta uma estrutura semelhante e partilha da mesma função económico-social. A diferença notória que a distingue de uma garantia real tipificada no Código Civil é que na alienação em garantia transmite-se a titularidade plena de um bem para o credor garantido. Naquelas constitui-se um direito real de garantia. A estrutura da compra e venda, como foi analisado, não é semelhante à estrutura da alienação em garantia e a função económico-social é distinta.

A alienação em garantia é um contrato atípico e misto, mas não se pode dizer que exista um tipo de referência predominante ou apenas um tipo de referência (recebe influências de vários tipos contratuais, sobretudo do regime das garantias reais legalmente típicas e da compra e venda, enquanto regime subsidiariamente aplicável aos negócios de alienação) porque tem a estrutura e a função de uma garantia especial do

---

<sup>62</sup> *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, pp. 136 ss.

<sup>63</sup> Pinto Duarte, *ibid.*, p. 141.

cumprimento das obrigações, mas um efeito transmissivo semelhante ao produzido pelo contrato de compra e venda. A insistência na não autonomização da alienação em garantia do tipo da compra e venda deve-se à caracterização do negócio fiduciário como “contrato atípico, construído geralmente por referência a um tipo contratual conhecido, suscetível de ser adaptado a uma finalidade diferente da sua própria, através de uma convenção obrigacional de adaptação”<sup>64</sup>. Realizaremos uma crítica a esta última proposição, quando discutirmos a natureza jurídica da alienação em garantia.

Nas próximas páginas discorreremos sobre um aspeto essencial do contrato de alienação em garantia: a aptidão da sua estrutura para garantir o cumprimento de obrigações. Conforme veremos, não podíamos estar mais afastados da estrutura e da função económico-social do tipo da compra e venda.

### *2.4.3. Coordenadas garantísticas do contrato de alienação em garantia*

#### *2.4.3.1. Polissemia da noção jurídica de garantia*

São vários os sentidos em que o vocábulo “garantia” é utilizado no direito privado, em especial no direito civil e na prática comercial. Para além das garantias especiais (cfr. secção 2.4.3.3.) existem outras figuras que se referem ao conceito de garantia.

Por garantia entende-se que é um elemento da relação jurídica<sup>65</sup> que consiste na suscetibilidade de utilização dos meios coercitivos que o Estado coloca à disposição do titular do direito subjetivo. Se o obrigado não quiser cumprir por vontade própria com os comandos que a norma lhe impõe, pode o titular do direito subjetivo, através dos meios (tribunais ou outros) que o Estado lhe coloca à disposição, fazer valer o seu direito ou sancionar o obrigado.

Desta primeira noção de garantia surge uma outra privativa do direito das obrigações. Neste ramo do direito, o meio que se coloca à disposição do credor, em caso de lesão do direito de crédito, é a faculdade do credor executar o património do devedor. Neste sentido, a palavra garantia confunde-se com os elementos do património do devedor suscetíveis de penhora (art. 601º)<sup>66</sup>. Esta aceção de garantia (enquanto

---

<sup>64</sup> Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, p. 262.

<sup>65</sup> Conhecida por garantia judiciária. Por todos, Manuel de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1983, pp. 22-28; Pessoa Jorge, *Direito das obrigações*, vol. I, AAFDL, 1975/1976, pp. 38-39; Almeida Costa, *Direito das obrigações*, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 154.

<sup>66</sup> Por todos, Pessoa Jorge, *Direito das obrigações*, vol. II, AAFDL, 1968/1969, pp. 3-5; Almeida Costa, *cit.*, pp. 843-848; Ribeiro de Faria, *Direito das obrigações*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 136-138.

responsabilidade patrimonial) é relevante na conceção clássica da teoria do património, surgindo o princípio que o património do devedor é a garantia comum (ou geral) dos credores<sup>67</sup>.

Por vezes, a lei utiliza o vocábulo garantia sem qualquer conexão com os dois sentidos anteriores. Nestes casos, a lei adota o vocábulo garantia em conexão com a idoneidade do objeto contratual<sup>68</sup> alienado em relação à prestação acordada. V.g., na garantia da existência da posição contratual (n.º 1 do art. 426º), garantia da exigibilidade do crédito cedido (n.º 1 do art. 587º) ou garantia de bom funcionamento (art. 921º).

O vocábulo garantia também é utilizado para distinguir uma espécie de contratos: os conhecidos “contratos de garantia”. A primeira construção doutrinária destes contratos é devida a Stammmler. São contratos em que uma das partes (garante) se obriga perante a outra (beneficiário da garantia), a “assumir o risco pela verificação de um certo resultado futuro ou pela manutenção de uma determinada situação, ficando obrigado ao pagamento de uma prestação equivalente ao prejuízo emergente ou à cobertura do lucro esperado”<sup>69</sup>. V.g., quando alguém assume um lucro mínimo a outra; nos contratos de seguro, desde que o sinistro não consista no incumprimento de uma obrigação (v.g., seguros contra a perda de objetos determinados ou seguros por lucros cessantes); ou nas garantias bancárias *on first demand*. Os contratos de garantia distinguem-se da fiança<sup>70</sup> porque os contratos de garantia têm uma natureza jurídica autónoma em relação à obrigação garantida, não ficando a prestação do garante dependente do juízo de incumprimento do crédito garantido (embora o evento estipulado para despoletar a obrigação de garantia possa referir-se ao não cumprimento de uma obrigação).

---

<sup>67</sup> Paulo Cunha, *Do património*, Tipografia Minerva, Lisboa, 1934, pp. 197 ss..

<sup>68</sup> Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado no negócio jurídico*, vol. II, pp. 550-551; Guilherme Moreira, *Instituições do direito civil português*, vol. II, 2ª ed., Coimbra Editora, 1925, pp. 588-613.

<sup>69</sup> O primeiro exemplo é de Stammmler, os últimos de Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado no negócio jurídico*, vol. II, pp. 554-555. Do mesmo A., *Contratos III. Contratos de liberalidade, cooperação e de risco*, 2ª ed. (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2016, pp. 160 ss; Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*, nota de rodapé n.º 1, Almedina, Coimbra, 1982, p. 469.

<sup>70</sup> A fiança é uma garantia pessoal acessória (n.º 2 do art. 627º), em que o prestador da garantia pode invocar as exceções resultantes da relação subjacente. Nada impede a constituição de uma fiança em que a acessoriedade seja “adormecida”, até ao momento do pagamento do prestador da garantia. Sobre a fiança acessória e a fiança ao primeiro pedido, e a distinção entre automaticidade e autonomia, Costa Gomes, «A chamada “fiança ao primeiro pedido”», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 833 ss..

Da prática comercial surgiram as denominadas “cláusulas de garantia”. São particularmente conhecidas as cláusulas de *negative pledge*, *pari passu* e *cross default*<sup>71</sup> no âmbito dos contratos de empréstimo internacionais. São cláusulas que funcionam como meios de pressão do credor porque da sua violação assiste, acopladas por convenção, o direito à resolução do contrato com eficácia *ex nunc*<sup>72</sup>. A sua violação faculta ao mutuante a possibilidade de exigir, antecipadamente, o cumprimento das obrigações do mutuário (“aceleração” do contrato).

#### 2.4.3.2. Garantias em sentido amplo

Resulta das figuras expostas que é complicado definir “garantia” quando esta compreende realidades muito diversas. Alguns autores reservam o vocábulo “garantia” para se referirem apenas às garantias especiais do cumprimento das obrigações<sup>73</sup>.

Como vimos, garantia pode ser vista, em sentido amplíssimo, como a segurança que o Estado concede a uma situação jurídica subjetiva pela sua tutela judiciária ou garantia judiciária. No direito privado, garantia pode ser observada como os meios que o legislador coloca à disposição para providenciar segurança a uma determinada situação jurídica, utilizando diversos institutos jurídicos. Num sentido privatístico, mais restrito que o anterior, garantia podem ser os bens penhoráveis do património do devedor que respondem pelo incumprimento das suas obrigações. No caso de se adicionarem meios que reforçam a expectativa de satisfação do crédito, mas extravasam aqueles que são admitidos *ex lege* em qualquer relação obrigacional, garantia podem ser todos os meios cuja destinação é aumentar a probabilidade de satisfação do crédito.

O problema em presença é uma questão de qualificação. É um problema de determinação da categoria jurídica aplicável a um determinado facto jurídico. Nestes termos, é possível adotar uma noção ampla de garantia cujo traço comum é uma finalidade de segurança<sup>74</sup>. Se um direito subjetivo ou uma expectativa jurídica são

---

<sup>71</sup> Sobre estas cláusulas e a sua natureza jurídica, Pereira Dias, “Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: a *pari passu*, a *negative pledge* e a *cross default*”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 879 ss.; Pessoa Jorge, “A garantia contratual da igualdade dos credores nos empréstimos internacionais”, separata da obra “*Estudos*” publicada por altura da comemoração do XX aniversário do Centro de Estudos Fiscais, Centro de Estudos Fiscais, 1983, pp. 20 ss..

<sup>72</sup> Sobre a regra da retroatividade na resolução e os casos de afastamento, Joana Farrajota, *Os efeitos da resolução infundada por incumprimento do contrato*, FDUNL (teses de doutoramento), 2013, pp. 45-47.

<sup>73</sup> Guilherme Moreira, *cit.*, pp. 293-295.

<sup>74</sup> Sobre o conceito jurídico de garantia, em sentido amplo, se reconduzir a uma ideia de segurança, Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol. II, pp. 556-557; Pereira Dias, *cit.*, pp. 1018-1022; Paulo Cunha, *Da garantia das obrigações*, tomo I, Apontamentos das aulas de

agredidos, o ordenamento jurídico atribui meios ao titular da expectativa ou do direito subjetivo para reagir contra essa agressão.

Esta noção ampla de garantia deve ser corretamente entendida. Não nos parece razoável restringir a noção jurídica de garantia ao universo das garantias especiais do cumprimento das obrigações. Devemos clarificar que todas essas figuras jurídicas, que se referem a uma noção amplíssima de garantia, não estão sujeitas às normas e aos princípios comuns que o legislador criou, em especial, para as garantias especiais do cumprimento das obrigações. Para estas utilizamos a terminologia de “garantias especiais”, para as outras reservamos a expressão “garantias, em sentido amplo”. Cumpre descobrir os elementos estruturais e funcionais das garantias especiais para determinar se o contrato de alienação em garantia é uma garantia especial do cumprimento das obrigações. E, se sim, quais as implicações dessa qualificação na categoria jurídica das garantias especiais do cumprimento das obrigações (e, já não, numa nebulosa noção de garantia, em sentido amplo, que se refira à segurança, enquanto nexos comuns às diversas figuras).

#### *2.4.3.3. Garantias especiais do cumprimento das obrigações*

O Código Civil consagra as garantias especiais das obrigações no capítulo VI. Contudo, outros institutos jurídicos consagrados no Código Civil podem desempenhar, pela sua própria estrutura, ou pela sua estrutura somada ao concreto fim em que as partes hajam acordado, um propósito de diminuição do risco de insatisfação do crédito.

Para a aplicação dos princípios e normas injuntivas resultantes das garantias especiais do cumprimento das obrigações é necessário distinguir estas de outros institutos que podem desempenhar um propósito de diminuição do risco de crédito.

Indispensável é discutir a estrutura e a função económico-social de uma garantia especial do cumprimento das obrigações para as distinguir de outras figuras, que não partilham a mesma função económico-social, nem estrutura semelhante e, por isso, não estão sujeitas aos princípios e normas injuntivas que o legislador consagrou para as garantias especiais. Salvo se pudermos concluir que as partes querem, fraudulentamente, subtrair-se aos princípios e normas injuntivas que o legislador consagrou para as garantias especiais do cumprimento das obrigações.

---

Direito Civil do 5º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa pelo aluno Eudoro Pamplona Côrte-Real, 1939, p. 22.



A distinção entre as garantias especiais e as garantias, em sentido amplo, é importante em termos metodológicos. As garantias especiais, partilhando uma estrutura semelhante devem ser sujeitas a regras e princípios comuns<sup>75</sup>. As garantias, em sentido amplo, para além do resultado de diminuição do risco de insatisfação do credor, carecem de qualquer elemento estrutural e funcional que as una às garantias especiais do cumprimento das obrigações.

É inerente ao direito de crédito a assunção do risco de crédito por parte do credor que confiou no cumprimento espontâneo do devedor poder ser frustrado porque o seu direito não foi pontualmente cumprido. As garantias especiais do cumprimento das obrigações servem para acautelar esta hipótese de incumprimento, proporcionando um meio de satisfação alternativa do seu direito.

As garantias especiais de cumprimento das obrigações têm sempre como função principal, isto é, como função económico-social, a garantia.

A função económico-social<sup>76</sup> “indica a finalidade metajurídica, fundamental e global, prosseguida pelo negócio jurídico”. “Não são, todavia, quaisquer finalidades económico-sociais que merecem ser erigidas em função negocial específica. Para além de serem relevantes e juridicamente lícitas, devem referir um escopo fundamental e global, isto é, que [...] seja comum aos interessados diretos e que sintetize ou unifique, no essencial, os eventuais fins diferenciados dos respetivos sujeitos e beneficiários”. Esta última proposição é especialmente relevante para não confundir os negócios com função económico-social de garantia, daqueles em que a propriedade pode servir uma função de garantia do preço ou rendas, em sentido amplo, mas cujo negócio não serve um escopo fundamental e global de garantia (v.g., na locação financeira, compra e venda com reserva de propriedade, venda a retro, locação financeira restitutiva, etc)<sup>77</sup>.

A função económico-social (ou causa objetiva do contrato<sup>78</sup>) cumpre duas funções: negativamente, a falta da sua alegação ou demonstração pressupõe a incompletude da declaração negocial e, por isso, a sua inexistência. Positivamente,

---

<sup>75</sup> Pereira das Neves, *cit.*, p. 89.

<sup>76</sup> Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado no negócio jurídico*, vol. II, p. 499.

<sup>77</sup> Estes contratos têm uma função económico-social de troca. A leitura garantística destes contratos só é exigida quando as partes pretendem finalisticamente garantir um crédito, furtando-se às regras injuntivas que regulam as garantias reais.

<sup>78</sup> Sobre os cinco sentidos úteis de causa, enquanto causa-justificação, causa do título, causa da atribuição patrimonial, causa da obrigação e causa objetiva do contrato (também conhecida como causa final ou função económico-social), Castro Mendes, *Direito civil. Teoria geral*, vol. III, de harmonia com as lições dadas no ano jurídico de 1978-1979, Lisboa, 1979, pp. 403-414; Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português. Direito das obrigações*, vol. II, tomo II, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 613-616.

contribui para determinação do conteúdo do negócio jurídico, para a sua recondução a um tipo contratual legalmente regulado e para a classificação dos atos negociais<sup>79</sup>.

Os negócios de garantia caracterizam-se pela sua função económico-social de garantia, que têm como finalidade própria suprir a frustração de um direito ou de uma expectativa. São negócios de risco, mas de um risco previsto e acautelado para conferir segurança ao beneficiário da garantia<sup>80</sup>.

Nem todos os negócios jurídicos que servem uma função económico-social de garantia são garantias especiais do cumprimento das obrigações. Os contratos de garantia<sup>81</sup> que referimos anteriormente, não apresentam as características estruturais para serem qualificados na categoria de garantias especiais, mas partilham a mesma função económico-social.

Imanente às garantias especiais, porque sempre se verificam, são os seguintes requisitos. O primeiro pressuposto da existência de uma garantia especial, relativamente à posição jurídica do beneficiário da garantia, é a individualidade estrutural desta situação jurídica de garantia em relação à obrigação garantida. O segundo pressuposto, é a existência da obrigação garantida para a constituição de uma garantia especial<sup>82</sup>. A situação jurídica de garantia coexiste com um crédito garantido, sem se confundirem as duas situações jurídicas. A individualidade estrutural entre a obrigação garantida e a situação jurídica de garantia envolve, igualmente, uma *independência* quanto aos factos jurídicos que constituem as duas situações, inexistindo uma garantia especial das obrigações que seja eficaz para constituir a obrigação garantida.

As garantias especiais representam um reforço (ou seja, um *plus*) à tutela que o ordenamento jurídico providencia a qualquer crédito pela garantia geral das obrigações (que se confunde com a garantia judiciária no domínio obrigacional, isto é, a

---

<sup>79</sup> Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol. II, pp. 513-514. Defendendo que a falta de causa do contrato não pode servir para arguir a invalidade do mesmo, Barreto Menezes Cordeiro, *cit.*, p. 837, apenas relevando a causa subjetiva, quanto muito, em sede de vícios da vontade (art. 257º) e a causa objetiva confunde-se com o conteúdo do negócio jurídico “e, de resto, com pouca importância prática”.

<sup>80</sup> Ferreira de Almeida, *ibid.*, p. 557.

<sup>81</sup> Sempre seria possível adotar uma noção ampla de contratos de garantia, em que se inserissem as garantias especiais do cumprimento das obrigações. No entanto, a tradição é no sentido de destacar os efeitos obrigacionais dos contratos de garantia e não o ato pelo qual os efeitos obrigacionais se constituem. Propondo uma noção ampla de negócios de garantia, Ferreira de Almeida, *Contratos III*, p. 161.

<sup>82</sup> O n.º 3 do art. 666º limita-se a facultar às partes uma opção quanto ao momento relevante para aferir da preferência com o objetivo de assegurar a satisfação de obrigações futuras e condicionais. O processo de formação de uma garantia especial só termina quando as obrigações futuras se transformam em atuais, e nas obrigações condicionadas quando se verifique a condição. O penhor é válido, mas é futuro ou condicional. No mesmo sentido, Pereira das Neves, *cit.*, p. 126.

possibilidade de o credor executar o património do seu devedor para satisfazer o seu direito à prestação ou, frustrando-se esta possibilidade, pedir uma indemnização). Estes meios destinam-se a superar uma postura desconforme do devedor, que não quer, mas pode cumprir a sua obrigação. Se o devedor, independentemente de desejar cumprir, não pode cumprir porque carece dos meios necessários para satisfazer o credor, a garantia geral não é adequada a proporcionar a efetiva satisfação do credor porque este concorre, em igualdade, com os restantes credores e só é integralmente satisfeito se o património do devedor for suficiente para solver todos os créditos<sup>83</sup>.

As garantias especiais do cumprimento das obrigações traduzem-se na constituição de uma nova situação jurídica de garantia para o credor garantido, para que este se possa satisfazer, em alternativa, em caso de incumprimento do devedor<sup>84</sup>. As garantias especiais podem alargar o acervo patrimonial responsável pelo cumprimento do crédito (garantias reais prestadas por terceiros ou garantias pessoais) ou individualizar um objeto do património do devedor (um objeto que se integra na garantia geral) que destina-se, a partir da constituição da nova situação jurídica sobre esse objeto, à satisfação preferencial do crédito garantido.

Esta situação distingue as garantias especiais dos meios de conservação do património do devedor previstos *ex lege* (declaração de nulidade, sub-rogação do credor ao devedor, impugnação pauliana e arresto) ou convencionados (v.g., as cláusulas de garantia que vimos anteriormente). Os meios de conservação do património do devedor consagrados *ex lege* destinam-se a proteger a garantia geral dos credores, ou seja, tutelam, por igual, todos os credores do devedor e destinam-se a conferir a máxima amplitude à sua garantia geral.

Todas as garantias especiais, quanto ao seu conteúdo, proporcionam “um avantajamento simultaneamente qualitativo e quantitativo da posição do credor garantido”<sup>85</sup> que destina-se à satisfação primacial do crédito garantido.

Por consequência, quantitativo porque se adicionam à garantia geral (garantias reais prestadas por terceiros ou garantias pessoais) ou, embora já fizessem parte da garantia geral, os bens individualizados já não respondem nos termos do princípio do *par conditio creditorum*, mas tendencialmente pelo valor total do bem.

---

<sup>83</sup> Pereira das Neves, *cit.*, pp. 97 ss.

<sup>84</sup> Pereira das Neves, *cit.*, pp. 100-101.

<sup>85</sup> Pereira das Neves, *cit.*, pp. 103-104.

Qualitativo porque se assiste à constituição de uma nova situação jurídica dotada de poderes que permitem ao credor garantido satisfazer-se, em alternativa, caso o seu direito de crédito seja incumprido.

#### *2.4.3.4. Garantias qualitativas e quantitativas. Crítica*

Os sujeitos jurídicos, independentemente da questão da validade perante o ordenamento jurídico português, podem recorrer a várias figuras jurídicas (legalmente tipificadas ou não) para a prossecução do mesmo fim de garantia desempenhado por uma garantia especial (em especial, garantia real) do cumprimento das obrigações. Para além dos institutos jurídicos em que a função de garantia é um elemento do tipo legal utilizado, as partes podem (1) celebrar um contrato legalmente atípico com função económico-social de garantia, (2) um contrato legalmente atípico com uma função económico-social distinta da garantia, mas apta ao fim de garantia prosseguido pelas partes, (3) ou utilizar a regulação de um tipo legal que, pela sua estrutura e/ou adaptação obrigacional, pode desempenhar um propósito de garantia, em sentido amplo.

A doutrina recente<sup>86</sup> que versa sobre o Direito das Garantias propõe, atenta esta miríade de figuras jurídicas habilitadas a garantir um crédito, uma classificação que divide dicotomicamente o universo das garantias: as garantias que reforçam qualitativa e quantitativamente a probabilidade de satisfação do crédito. Esta nova classificação destina-se, segundo Pestana de Vasconcelos<sup>87</sup>, a suprir a incompletude que sofre a classificação entre garantias reais e pessoais.

As garantias que reforçam quantitativamente a probabilidade de satisfação do crédito são aquelas em que um terceiro se vincula a cumprir, respondendo o seu património<sup>88</sup>. A semelhança com as garantias pessoais é evidente.

As garantias que reforçam qualitativamente a probabilidade de satisfação do crédito são aquelas em que o credor está investido numa posição de privilégio, em relação aos restantes credores do devedor para a satisfação do seu crédito, na eventualidade do património do devedor não ser suficiente para solver todas as

---

<sup>86</sup> Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 63; Costa Gomes, *Contratos comerciais*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 373-374. A distinção nem se pode dizer recente, já a fazia Paulo Cunha, *Da garantia das obrigações*, tomo II, pp. 5 ss..

<sup>87</sup> Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias*, pp. 61 ss.. Repare-se que esta classificação se refere aos institutos que, em abstrato, podem servir um propósito de garantia. Não serve para determinar a natureza jurídica de uma garantia especial.

<sup>88</sup> Costa Gomes, *Contratos comerciais*, p. 373.

dívidas<sup>89</sup>. Esta classificação relevaria porque classifica as garantias reais (sobretudo, pela frequente sobreposição destas aos direitos reais de garantia) como um tipo de garantias qualitativas, ao lado de outras. As garantias qualitativas são, seguindo Pestana de Vasconcelos<sup>90</sup>, os direitos reais de garantia, a transmissão da titularidade de direitos com função de garantia (inserindo aqui, a alienação fiduciária em garantia, locação financeira e a reserva de propriedade) e os patrimónios autónomos constituídos com função de garantia.

A classificação de Pestana de Vasconcelos prescinde de uma análise aos elementos estruturais e funcionais das garantias reais, implicando que a categoria de “garantia qualitativa” adquira, pela sua extensão aplicativa a institutos jurídicos tão distintos, especiais dificuldades na análise das suas características comuns e, destarte, menor profundidade nessa análise. Não devemos renunciar à análise de uma noção ampla de garantia real, embora a extensão das figuras jurídicas que podem referir-se a esta categoria possa dar azo à mesma crítica que fizemos anteriormente sobre a categoria das “garantias qualitativas”. Pensamos que, em todo o caso, existe maior profundidade analítica na descoberta dos elementos comuns da categoria “garantia real”, ao invés da categoria “garantia qualitativa” que sempre implicaria maior abstração (ou seja, uma menor quantidade de notas comuns às diversas figuras jurídicas que se referem à categoria de “garantia qualitativa”).

Na próxima secção analisamos as características de uma garantia real e, pela análise dos seus elementos, discutimos a qualificação da alienação em garantia ao conceito de garantia real e, por inerência, às garantias especiais do cumprimento das obrigações.

A lei não oferece nenhuma descrição de garantia real. A doutrina tradicional apresenta as garantias reais com o pano de fundo dos direitos reais de garantia<sup>91</sup>. Qualificar um contrato como garantia real permite-nos acrescentar um elemento que concretiza a sua qualificação, que não resultaria somente da sua inserção nas garantias especiais. Permite-nos, com adequação no método jurídico, descobrir regulação potencialmente aplicável ao contrato legalmente atípico sobre o qual nos debruçamos.

---

<sup>89</sup> Costa Gomes, *ibid.*, p. 374.

<sup>90</sup> Pestana de Vasconcelos, *ibid.*, pp. 63-68.

<sup>91</sup> Pestana de Vasconcelos, *ibid.*, pp. 58-60.

#### *2.4.4.5. Descrição das garantias reais e a sua função económico-social*

Retomando a ideia de função económico-social explicitada anteriormente, a função económico-social das garantias reais apresenta dois nexos distintos: um nexo de dependência funcional e um nexo de dependência estrutural.

Devemos ressaltar que essa conformação do conteúdo da garantia especial com a sua função económico-social não pode ser realizada em prejuízo das normas injuntivas e princípios de direito das garantias. Embora a função económico-social seja particularmente útil para interpretação complementadora da declaração do garante, o desempenho da função económico-social é sempre mediado e limitado pelas normas injuntivas e princípios do direito das garantias que se inscrevem no conteúdo da declaração do garante.

O nexo de dependência funcional da situação jurídica de garantia em relação à situação jurídica garantida cumpre dois fundamentos: internos e externos<sup>92</sup>.

Numa perspectiva interna, um propósito de conformação da posição das partes quanto ao conteúdo e aos efeitos da situação jurídica de garantia. De um ponto de vista positivo<sup>93</sup> implica a existência de um conjunto de requisitos para a prossecução de uma função de garantia, semelhante à prosseguida por uma garantia real tipificada no Código Civil.

Em primeiro lugar, o seu objeto é um bem com natureza patrimonial cujo destino é garantir uma determinada obrigação.

Em segundo lugar, a situação jurídica em que é investido o beneficiário da garantia deve contar com os poderes necessários para que o beneficiário da garantia possa dispor do bem afeto em garantia, aplicando o produto da disposição do bem à satisfação da obrigação garantida, mormente em caso de incumprimento da obrigação garantida. Não é necessário que esta faculdade de disposição resulte do conteúdo da situação jurídica de garantia porque pode resultar, igualmente, dos meios que o legislador disponibiliza a qualquer credor para tutelar o seu direito de crédito (nomeadamente, o recurso ao processo executivo). Necessário é que o credor garantido

---

<sup>92</sup> Pereira das Neves, *cit.*, pp. 120 ss.. O A. descreve o nexo de dependência funcional como a “circunstância (e consequências daí derivadas) de a situação jurídica de garantia ter funcionalmente surgido (e aí fundamentar a sua concreta existência) para garantia do cumprimento da situação jurídica garantida, remediando os riscos de insolvência do devedor mediante a afetação, nos termos de uma nova situação jurídica, de um (novo) bem específico à satisfação do crédito garantido”.

<sup>93</sup> Pereira das Neves, *cit.*, pp. 131 ss..

possa afetar, com prioridade sobre os demais credores comuns do devedor, o produto do bem afeto em garantia à satisfação do seu crédito.

Em terceiro lugar, deve gozar de um nível mínimo de oponibilidade a terceiros para permitir ao credor garantido opor a situação jurídica de garantia aos outros credores do garante, isto é, a sua primazia na afetação do produto do bem (objeto da situação jurídica de garantia) à satisfação da obrigação garantida.

De um ponto de vista negativo<sup>94</sup> contribui para a delimitação dos poderes do beneficiário da garantia, em relação ao objeto que constitui a sua garantia real. Se a função das garantias especiais é proporcionar ao credor garantido um meio de satisfação alternativa do seu crédito garantido não cumprido, afigura-se essencial que o credor garantido só utilize os seus poderes (convencionais ou legais, para se satisfazer em alternativa) se o seu crédito garantido não é cumprido. Tem o dever de afetar o valor da *execução*<sup>95</sup> do bem à satisfação do crédito garantido, atendendo ao nexo de dependência funcional da situação jurídica de garantia em relação ao crédito garantido. O eventual saldo que resulte da diferença entre o valor da *execução* do bem afeto em garantia e o crédito garantido, deve ser entregue ao prestador da garantia, caso o primeiro valor exceda o segundo. Esta situação resulta de um princípio geral de neutralidade patrimonial das garantias especiais, na medida em que o resultado final da operação (ou saldo exauriente) não pode consubstanciar um enriquecimento injustificado do credor garantido. Caso contrário, assistir-se-ia, as mais das vezes, ao enriquecimento injustificado<sup>96</sup> do credor garantido e essa situação não é compaginável com a causa-atribuição de garantia de uma garantia especial do cumprimento das obrigações. A situação inversa, quando o produto do bem afeto em garantia não é suficiente para satisfazer o credor garantido pode resultar em duas situações: o credor garantido transformou-se em credor quirografário quanto ao crédito insatisfeito remanescente ou, por convenção, estipulou-se que o credor garantido só podia ser satisfeito com o produto do bem afeto em garantia, não se facultando a possibilidade de exigir o montante do crédito não cumprido (art. 602º).

---

<sup>94</sup> Pereira das Neves, *cit.*, pp. 134 ss..

<sup>95</sup> Utilizamos o vocábulo *execução* em sentido amplo, abarcando os poderes que resultam da garantia geral das obrigações quer aqueles que são estipulados, explícita ou implicitamente (neste último caso, atenta a utilidade da função económico-social do contrato para interpretação complementadora da declaração do garante) por convenção.

<sup>96</sup> Note-se que não nos referimos ao enriquecimento sem causa previsto nos art. 473º e ss., atenta a natureza subsidiária da obrigação de restituição prevista neste instituto.

O nexo de dependência estrutural<sup>97</sup> é uma consequência do nexo de dependência funcional porque se um dos corolários do nexo de dependência funcional é a neutralidade patrimonial da garantia especial, o conteúdo da situação jurídica de garantia é conformado pelas vicissitudes da situação jurídica garantida. Caso não se repercutissem as causas constitutivas, modificativas e extintivas da situação jurídica garantida na situação jurídica de garantia, existiria um enriquecimento injustificado do credor garantido que não podia ser atribuído pela função que preside às garantias especiais. Este nexo de dependência estrutural<sup>98</sup> pode resultar da lei (no caso das

---

<sup>97</sup>Pereira das Neves, *cit.*, pp. 371 ss.. Becker-Eberhard, *Die Forderungsgebundenheit*, pp. 5 ss. *apud* Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida*, p. 106, faz, igualmente, esta referência à dependência estrutural do direito de garantia relativamente ao crédito principal, mas só quanto às garantias sujeitas ao princípio de garantia ligada ao crédito, e não para as garantias que identifica serem independentes do crédito. Das garantias sujeitas ao princípio da ligação ao crédito distingue as acessórias e as não acessórias. Quanto às primeiras apresentam a característica da acessoriedade aquelas garantias especiais reguladas por lei: a fiança, a hipoteca e o penhor. Das garantias não acessórias apresenta, como exemplos, a alienação em garantia e a cessão de créditos em garantia, quando apresentem elementos que justifiquem essa dependência. Na nossa opinião, a alienação em garantia é uma garantia não acessória. Cfr. nota de rodapé seguinte.

<sup>98</sup> Para Becker-Eberhard, *ibid.*, (*apud* Costa Gomes, *ibid.*, pp. 106 ss.) cumpre distinguir duas situações: “os casos em que o direito de garantia se encontra numa situação de dependência em relação ao crédito principal e aqueles em que o direito de garantia se revela independente do crédito principal”. Quanto aos primeiros vigora o princípio da garantia ligada ao crédito inserindo-se nestes as garantias acessórias e as garantias não acessórias. Seguindo o A., o que distingue as garantias acessórias das garantias não acessórias é o seguinte: nas primeiras, existe uma ligação do crédito ao direito de garantia particularmente intensa revelada por um fim de garantia ínsito à posição jurídica de garantia, enquanto nas garantias não acessórias o fim de garantia da situação jurídica de garantia resulta de um acordo exterior. Na nossa opinião, o que distingue as garantias acessórias e as garantias não acessórias é que, nas primeiras, a conformação da situação jurídica de garantia pelas vicissitudes da situação jurídica garantida sucede *ex lege*, enquanto nas segundas tendencialmente essa conformação é mediada pelo negócio jurídico. E o que distingue as garantias acessórias e as garantias não acessórias face às garantias autónomas é que, nas primeiras, a situação jurídica garantida é uma obrigação garantida, enquanto nas segundas é um evento (v.g. ofensa de um direito absoluto) e ainda que haja referência ao não cumprimento de uma obrigação, não é necessário um juízo de incumprimento para despoletar definitivamente os efeitos da garantia. Costa Gomes, *ibid.*, pp. 113 ss., critica a posição de Becker-Eberhard considerando que o fim de garantia nas garantias acessórias, não resulta da acessoriedade, mas da função económico-social do tipo legal da fiança.

A acessoriedade é uma técnica de ligação da situação jurídica de garantia à situação jurídica garantida (nas garantias reguladas por lei), mas é uma técnica que apenas revela uma especial relação de dependência qualificada da situação jurídica de garantia - que é conformada - pela situação jurídica garantida. É, não obstante, uma técnica que coexiste com outras técnicas de ligação da situação jurídica de garantia à situação jurídica garantida. O elemento que sempre se verifica na relação entre a situação jurídica de garantia e a situação jurídica garantida é a dependência da primeira face à segunda. Essa dependência (que se identifica como nexo de dependência estrutural) pode não ser realizada por meio da acessoriedade. Esta última é apenas uma especial forma de ligação do crédito principal ao direito acessório que se traduz – de um ponto de vista dinâmico – numa modelação automática do direito acessório (direito dirigido) pelo direito principal (direito dirigente), que se manifesta no nascimento, âmbito, manutenção, consecução e extinção, enquanto modalidades da acessoriedade. Para Costa Gomes, *ibid.*, p. 116, nas garantias pessoais, em especial na fiança, o “âmago da acessoriedade [...] encontra-se, a um tempo, na invocabilidade das exceções derivadas da obrigação principal (n.º 1 do art. 637º) e no âmbito da responsabilidade (n.º 1 do art. 631º e 634º). A ver bem, outras manifestações de acessoriedade na fiança [...] não deixam de ter expressão noutras garantias tidas como não acessórias. [...] Nestes casos, o que há a questionar é o grau de dependência” porque a acessoriedade, não acessoriedade e a autonomia apresentam diversas gradações, não sendo possível afirmar que a acessoriedade atinge o seu



garantias especiais acessórias sucede uma conformação *ipso iure*) ou de um comportamento que é devido pelo credor garantido (nas garantias não acessórias). O nexo de dependência estrutural não se identifica com a acessoriedade. A acessoriedade é uma espécie em relação ao género da dependência estrutural. A ligação entre a situação jurídica de garantia e a situação jurídica garantida pode não se manifestar através da acessoriedade, mas de uma relação de dependência que não pode ser qualificada como acessória porque não alcança essa intensidade na dependência (sucede nas garantias não acessórias e autónomas). O princípio subjacente a todas as garantias especiais é o princípio da dependência estrutural, e não o princípio da acessoriedade que apenas é uma técnica, entre outras, de conformar a situação jurídica de garantia pela situação jurídica garantida. O nexo de dependência funcional é um pressuposto do nexo de dependência estrutural, não se admitindo a constituição de garantias abstratas (*independentes*), isto é, garantias em que inexistisse uma qualquer relação entre a situação jurídica de garantia e a situação jurídica garantida atento ao princípio da causalidade no direito português. O nexo de dependência estrutural tem como conteúdo mínimo a imposição da devolução de qualquer enriquecimento do credor garantido para o garante (como já vimos, um dos corolários da dependência funcional é o princípio da neutralidade patrimonial), para além do necessário à satisfação do crédito garantido (a afetação do bem é funcionalizada apenas para satisfazer, em alternativa, o credor garantido, e não para enriquecê-lo de algum modo), assumindo esta situação especial importância para as garantias reais legalmente atípicas. O conteúdo máximo do nexo de dependência estrutural reflete-se na repercussão das vicissitudes (as causas constitutivas, modificativas e extintivas) que a situação jurídica garantida possa sofrer na situação jurídica de garantia, atendendo aos elementos que apresentem uma relação de dependência (e do grau de intensidade da dependência) desta perante aquela.

Do ponto de vista externo, a função económico-social de garantia constitui um pressuposto essencial da declaração negocial (ademais, a classificação do contrato nos tipos contratuais com função económico-social de garantia permite descobrir a causa-

---

zénite na fiança, nem a autonomia na garantia bancária autónoma. Na fiança, Leal Lacão, *A prescrição da obrigação de indemnizar: notas sobre o artigo 498º, n.º 1, do Código Civil*, FDUNL (teses de mestrado), 2017, pp. 11-12, o fiador fica sujeito a um prazo de prescrição *próprio*, no entanto, pode opor ao credor a prescrição da obrigação principal (art. 637º), funcionando como meio de defesa comum do devedor principal e devedor acessório. Supostas manifestações da acessoriedade na fiança (especialmente, nas suas causas extintivas) não deixam de se verificar nas garantias bancárias autónomas e, portanto, não se podem inscrever como consequências da acessoriedade.

atribuição de garantia do contrato) sob pena da sua inexistência, implicando uma relação entre a situação jurídica de garantia e a situação jurídica garantida.

É necessário que o titular dos bens transmitidos em garantia tenha poderes para constituir a garantia. Na alienação em garantia é essencial que a situação jurídica de garantia seja transmissível e o garante tenha poderes para efetuar a transmissão, para evitar a inutilidade da garantia no momento da sua disposição para terceiro, por forma a afetar o produto da venda à satisfação da obrigação garantida. Por outro lado, o conteúdo da situação jurídica de garantia apresenta as mesmas características que apresentava quando o seu titular era o garante porque sucedeu apenas uma transmissão.

A função económico-social da garantia real constitui, também, uma situação jurídica ativa para o garante designada por “situação jurídica residual”, cujo conteúdo é “coincidente com o aproveitamento das limitações temporais e materiais que a função de garantia prosseguida impõe à situação jurídica de garantia”<sup>99</sup> e das vicissitudes (causas constitutivas, modificativas e extintivas) decorrentes da situação jurídica garantida (e que conformam a situação jurídica de garantia) que podem ser aproveitados pelo garante. Inscreve-se, igualmente, nesta situação jurídica do garante o direito de crédito de exigir os bens transmitidos em garantia, em caso de cumprimento da obrigação garantida e, assim, recuperar a plenitude dos poderes que se inscreviam no conteúdo da situação jurídica, antes da sua afetação em garantia (os poderes inerentes à titularidade do direito) ou, em caso de incumprimento da obrigação garantida, o direito a exigir a devolução do montante que corresponde à diferença entre o valor do bem no momento do incumprimento e o valor do crédito garantido incumprido. Durante a execução do contrato, o seu conteúdo revela a obrigação do credor garantido de não frustrar a prossecução da função de garantia inerente à transmissão daquele acervo patrimonial. Nos direitos reais de garantia, a situação jurídica residual (situação jurídica ativa do garante) apresenta-se como a mesma situação jurídica que existia previamente à constituição da garantia real, mas com um conteúdo distinto porque limitado por um direito real menor de garantia. Nas garantias reais atípicas, a situação jurídica residual é constituída *ex novo* na esfera jurídica do garante.

---

<sup>99</sup> Pereira das Neves, *cit.*, pp. 122-123, 147 ss..

## 2.5. Natureza fiduciária da alienação em garantia. Crítica

A teoria dualista enfrenta dificuldades de transposição para os sistemas em que a transmissão da propriedade ocorre por mero efeito do contrato. A suposta essencialidade de um negócio jurídico real distinto em relação ao negócio jurídico obrigacional e a natureza abstrata daquele em relação a este colocou a questão da validade do negócio jurídico fiduciário.

O negócio jurídico real, no direito alemão, é um negócio abstrato, assim a invalidade ou os vícios do negócio jurídico obrigacional, não prejudicam os efeitos e a validade do negócio jurídico real. O problema que se coloca nos sistemas causais com a conceção de negócio fiduciário unitário, especialmente nos sistemas em que vigora o princípio da tipicidade dos negócios jurídicos com eficácia real, é que a *causa fiduciae* distorce a causa subjacente ao tipo contratual legal utilizado. A compra e venda com função económico-social de troca é distorcida porque a transmissão que ocorre no negócio fiduciário não é definitiva, mas temporária para servir os diversos fins convencionados. No negócio fiduciário, a situação jurídica do fiduciário perante os bens transmitidos, embora seja uma titularidade plena, é funcionalizada e decorrem obrigações para o fiduciário que limitam os poderes que, em abstrato, o titular de um direito pode exercer. A teoria unitária e a sua *causa fiduciae* não seriam possíveis nos sistemas causais, logo o negócio fiduciário só seria válido nos sistemas jurídicos de transmissão de direitos em que não é necessário alegar ou demonstrar a causa-atribuição do negócio jurídico real<sup>100</sup>.

A teoria dualista ultrapassou as fronteiras do sistema alemão para a transmissão de direitos. Em Itália, apresenta-se como adequada para resolver este problema: existem dois negócios jurídicos distintos, um negócio jurídico real (transmissivo) e um negócio jurídico obrigacional que visa estabelecer a finalidade da relação. O negócio jurídico real é um negócio jurídico abstrato, não é necessário alegar ou demonstrar a sua causa. O negócio jurídico obrigacional (o pacto fiduciário) regula as finalidades das partes. Alguns autores apresentam uma *causa fiduciae*, quanto ao negócio jurídico obrigacional, que funciona como uma função económico-social oculta do negócio de disposição que justifica este último ato<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> Beleza dos Santos, *cit.*, pp. 122-123.

<sup>101</sup> Emilio Betti, *cit.*, pp. 299-300.

A conceção unitária apresenta duas teorias diferentes: a teoria do negócio jurídico indireto e a teoria do negócio atípico com *causa fiduciae*. Quanto à primeira, já a rejeitámos, quanto ao tema que abordamos, remetemos para o seu lugar (cfr. 2.4.1.).

A segunda apresenta o negócio fiduciário como um negócio jurídico unitário dotado de uma *causa fiduciae*<sup>102</sup>. A maioria da doutrina portuguesa moderna<sup>103</sup> defende que o negócio fiduciário é construído geralmente com base num negócio legalmente tipificado (normalmente, a compra e venda), mas é um negócio legalmente atípico devido às cláusulas que se inserem no contrato (o pacto fiduciário) para cumprir os fins prosseguidos pelas partes. A *causa fiduciae* seria, quanto muito, causa da atribuição patrimonial.

Ao contrário do que alguns autores argumentam<sup>104</sup>, não nos parece decisivo para excluir esta posição da maioria dos autores portugueses a existência da fidúcia estática e, por isso, a desadequação da adoção de um tipo contratual legal (compra e venda ou doação) de base (ou tipo de referência) ao negócio fiduciário. A fidúcia estática podia ser construída com base no mandato sem representação, enquanto modalidade de negócio fiduciário para administração.

O que é decisivo para subtrair a alienação em garantia dos tipos contratuais translativos previstos na lei constituindo-se como um contrato legalmente atípico e misto, com vários tipos de referência, são as diferenças estruturais e funcionais que apresenta (e que foram analisadas). Se o critério para a escolha do tipo de referência fosse o efeito transmissivo, resultaria indiferente o tipo concreto de referência desde que fosse adequado para esse efeito. Seria arbitrário escolher a compra e venda, mútuo ou a doação porque as partes adaptariam o contrato às finalidades pretendidas através do pacto fiduciário. A independência da alienação em garantia, perante os outros negócios translativos causais tipificados, revela-se pela sua estrutura e função económico-social e

---

<sup>102</sup> Orlando de Carvalho, *Negócio jurídico indirecto*, p. 28, esclarece que a *causa fiduciae* apenas releva, quanto muito, enquanto causa da atribuição patrimonial se for adotada uma posição unitária de negócio fiduciário, embora o A. não se comprometa com uma posição sobre a natureza dualista ou unitária do negócio fiduciário. Contra a autonomização de uma *causa fiduciae*, enquanto causa-função, pronunciou-se Carvalho Fernandes, “A admissibilidade do negócio fiduciário”, pp. 233 ss., sublinhando que a causa-função prosseguida na alienação em garantia é a garantia. Pessoa Jorge, *O mandato sem representação*, pp. 327-328, diz que o recurso à *causa fiduciae* é “uma mera questão de palavras” e que a causa do negócio não pode residir na estrutura do ato porque é uma realidade meta-jurídica.

<sup>103</sup> Em sentido concordante, Carvalho Fernandes, “A admissibilidade do negócio fiduciário”, pp. 247-248, 267-268; Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, p. 262; Lorenzo González, “Alienação fiduciária em garantia e negócios afins: delimitação de fronteiras”, 10 L.D., Série II, ULus Editora, 2012, p. 119.

<sup>104</sup> Barreto Menezes Cordeiro, *cit.*, p. 918.

admite-se pela inexistência de um princípio da tipicidade dos negócios jurídicos com eficácia real.

Poderia ser alegado que a causa de garantia (causa enquanto atribuição patrimonial) não é adequada à transmissão da titularidade de direitos. Esta posição não pode ser sufragada, quando mais não seja, perante o direito positivado. De facto, encontra-se positivada a alienação em garantia no quadro dos acordos de garantia financeira<sup>105</sup>, evidenciando a aptidão da causa de garantia para a transmissão da titularidade de direitos e constituição de situações jurídicas de garantia<sup>106</sup>. Ademais, como vimos na secção dedicada às origens da alienação em garantia, historicamente as garantias reais constituíam-se através da transmissão da propriedade<sup>107</sup>.

A autonomização de uma *causa fiduciae* (enquanto causa-função) subjacente aos negócios fiduciários consistia na transmissão da titularidade plena de um direito, mas subordinada obrigacionalmente às finalidades das partes. Essa seria a pedra de toque da *causa fiduciae* que a distinguia da causa-função de outros negócios jurídicos. Diferenciava-se da causa-função da compra e venda e da doação porque a transmissão não era definitiva. Essa autonomização redundaria em imprevistos, se aprofundada. Não pensamos que exista uma alteração da causa-função de um contrato legalmente tipificado quando as partes subordinam a utilização do objeto do contrato para uma certa finalidade porque a função económico-social não se confunde com o conteúdo do contrato, sob pena de existirem tantas causas-funções quanto contratos. A causa-função representa uma síntese objetiva dos fins comuns das partes, não se confunde com o conteúdo do ato. O mútuo típico não deixa de ser um contrato com função económico-social de troca, se as partes convencionarem um escopo<sup>108</sup>. O contrato de doação não

---

<sup>105</sup> Cfr. Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de maio que transpõe a Diretiva n.º 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de junho. O título III do Decreto-lei nomina o contrato como alienação *fiduciária* em garantia, conforme veremos essa designação não é, na nossa opinião, adequada e refira-se que a Diretiva utiliza o termo anódino de “acordo de garantia financeira com transferência de titularidade” na alínea b), do n.º 1 do art. 2º, ao invés, de alienação fiduciária em garantia. Sobre o contrato, cfr. Pestana de Vasconcelos, “A directiva 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6/6/02 (alterada pela diretiva 2009/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6/5/09), relativa aos acordos de garantia financeira ou os primeiros passos de harmonização do direito europeu das garantias mobiliárias”, pp. 693 ss., 85 BFDUC, Coimbra, 2009.

<sup>106</sup> Em sentido próximo, Werner Flume, *cit.*, pp. 196-197, refere que a causa-atribuição nos negócios jurídicos de garantia acessórios e não acessórios é a garantia de um crédito. Cfr., igualmente, Alessandro Bertini, *I negozi fiduciari di preparazione dell' adempimento*, Giuffrè Editore, Milão, 1940, pp. 19 ss..

<sup>107</sup> Cfr., igualmente, Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp, Martin Wolff, *cit.*, vol. II, tomo III, p. 166.

<sup>108</sup> Sobre o mútuo de escopo, Menezes Cordeiro, *Direito bancário*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 690 ss..

deixa de ser um contrato com função económico-social de liberalidade, se as partes estipularem uma cláusula que consista na afetação de um fim<sup>109</sup>.

A existência de uma *causa fiduciae* implica, pelo menos, a sua autonomia em relação às restantes causas-funções. Salvo melhor opinião (e classificação), essa autonomia inexistente ou, pelo menos, não pode ser fundada (como até hoje) nas limitações obrigacionais à titularidade de um direito em virtude da celebração de um negócio jurídico translativo. Na alienação em garantia, a sua causa-função é a garantia porque esta representa a síntese que unifica os fins objetivos das partes: garantir o cumprimento de uma obrigação.

Desprovida de uma *causa fiduciae* devemos questionar-nos o que sobeja para reconduzir a alienação em garantia na categoria de negócio fiduciário. Refutada a teoria dualista pela aceitação da fidúcia estática, negada a desproporção dos meios jurídicos utilizados em relação aos fins económicos prosseguidos e superada a questão do risco fiduciário; os únicos elementos jurídicos de ligação da alienação em garantia ao conceito de negócio fiduciário são a *causa fiduciae* e a obrigação de retransmissão.

A obrigação de retransmissão do acervo patrimonial não apresenta os mesmos traços na alienação em garantia e no negócio fiduciário para administração. No primeiro, essa obrigação decorre da causa-função das garantias reais: o princípio da neutralidade patrimonial, enquanto corolário da dependência estrutural da situação jurídica garantida em relação à situação jurídica de garantia, subjacente ao regime das garantias reais, implica que o adquirente reverta para o alienante os bens transmitidos em garantia quando cumprida essa função e que, em caso algum, a garantia real pode servir de meio para o locupletamento injusto do credor garantido. Esta situação decorre daquilo que designámos por situação jurídica residual do garante sobre o bem que é objeto da garantia. No negócio fiduciário para administração, a obrigação de retransmissão decorre, por um lado, da imputação dos benefícios resultantes da gestão do acervo patrimonial ao beneficiário da relação fiduciária e, por outro, de um vínculo de afetação funcional puramente obrigacional que condiciona o exercício dos poderes do fiduciário ao fim de satisfazer uma necessidade do beneficiário porque estamos perante um negócio realizado por conta e no interesse de outrem.

Esta situação permite reconduzir o negócio fiduciário para administração, pelo menos parcialmente, para o regime do mandato<sup>110</sup> porque o que é característico do

---

<sup>109</sup> Sobre a doação afetada a um fim e o conceito do modo, Antunes Varela, *Ensaio sobre o conceito do modo*, Atlântida, 1955, pp. 275-279.

mandato é a alheamento do interesse<sup>111</sup> que determinou e impulsionou a contratação, sujeitando o mandatário à prossecução do plano de gestão traçado pelo mandante e explica a possibilidade de uma revogação *ad nutum* do mandato por parte deste. No mandato conferido *também no interesse do mandatário ou de terceiro* (n. °2 do art. 1072º), o critério para a determinação do interesse é estrutural<sup>112</sup>: revela-se pela existência de um direito subjetivo do mandatário ou terceiro, inerente à situação jurídica de gestão, que revela um interesse deste nesta situação jurídica, relevante para a não verificação dos requisitos para a revogação *ad nutum* do mandato por parte do mandante. No negócio fiduciário para administração, tipicamente, não existe qualquer interesse relevante do fiduciário nos objetos que compõem a situação jurídica de gestão em que é investido. A remuneração, as mais das vezes, auferida por este, não é critério para considerar a existência de um interesse do fiduciário. O interesse do fiduciário não incide sobre os bens fiduciários em si mesmo considerados, mas sobre a remuneração que obtém por administrá-los. Por outro lado, na situação jurídica em que fica investido o mandatário verifica-se uma atuação por conta do mandante porque o destinatário final dos efeitos jurídicos ou, mais rigorosa e amplamente, o destinatário das consequências económicas finais (resultados económicos vantajosos e desvantajosos) é o mandante<sup>113</sup>. Estas características da atuação do mandatário verificam-se na relação fiduciária para administrar.

O negócio fiduciário para administração apresenta uma característica essencial que não é elemento caracterizador da alienação em garantia: a prossecução, por parte do fiduciário, de um interesse subjetivo<sup>114</sup> do beneficiário relativamente ao acervo patrimonial com fim de gestão que constitui a situação jurídica fiduciária em que é investido. Enquanto na alienação em garantia o interesse subjetivo radica no adquirente

<sup>110</sup> Inserindo o mandato sem representação na categoria de negócio fiduciário para administração, Carvalho Fernandes, “A admissibilidade do negócio fiduciário”, pp. 238-239; Galvão Telles, *Manual dos contratos em geral*, pp. 190-191; André Figueiredo, *cit.*, p. 83; Pessoa Jorge, *O mandato sem representação*, pp. 328-329, diz que os negócios fiduciários não são admissíveis, mas refere que “o fim de administrar ou de realizar um ato jurídico, a que corresponde a *fiducia cum amico*, pode alcançar-se através do mandato sem representação [...]”.

<sup>111</sup> Costa Gomes, *Em tema de revogação do mandato civil*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 91.

<sup>112</sup> Costa Gomes, *ibid.*, pp. 148-149.

<sup>113</sup> Costa Gomes, *ibid.*, pp. 93-94 (na esteira de Luminoso).

<sup>114</sup> O conceito de interesse que utilizamos é subjetivo: interesse é a relação que existe entre um sujeito e um bem apto para satisfazer uma necessidade daquele. Sobre a distinção entre interesse subjetivo e interesse objetivo, Paulo Mota Pinto, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 495-497; Lima Rego, *Contrato de seguro e terceiros: estudo de direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 187-188. Prestando uma visão mais esclarecedora, desconstruindo os elementos desta definição para os esclarecer, Pedro Múrias, “O que é um interesse, no sentido que geralmente interessa aos juristas?”, *Estudos em memória do Prof. Saldanha Sanches*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 856-857.

ser satisfeito, em alternativa, através da imputação dos montantes decorrentes da *execução* do bem, que é o objeto da garantia real, à satisfação do crédito garantido. O bem representa para o credor *realmente* garantido o objeto da sua situação jurídica de garantia, não lhe é indiferente o seu valor económico. A titularidade da situação jurídica de garantia e interesse no aproveitamento do bem pertencem à mesma pessoa. Inversamente, no negócio fiduciário para administração<sup>115</sup> sucede uma rutura entre a titularidade de uma situação jurídica fiduciária e o alheamento do interesse no aproveitamento do bem que é objeto da situação jurídica do fiduciário (o interesse pertence ao beneficiário).

Pode ser invocado que o alienante tem interesse na situação jurídica residual que incide sobre os bens transmitidos em garantia, na medida em que o adquirente se obriga a retransmitir os bens transmitidos em garantia após a satisfação do seu crédito garantido ou a devolver o montante necessário para impedir o seu enriquecimento. Não podíamos, no entanto, estar mais afastados do regime do mandato. A situação jurídica residual cuja titularidade pertence ao alienante é uma consequência da dependência estrutural da situação jurídica de garantia em relação à situação jurídica garantida, comum à função económico-social das garantias reais e reveladora que a causa da atribuição patrimonial de garantia do cumprimento das obrigações não é adequada a deslocações patrimoniais que enriqueçam o credor garantido. No mandato para adquirir, a obrigação de retransmissão do mandatário é uma consequência da atuação de gestão (da situação jurídica em que é investido o mandatário) por conta do mandante.

O negócio fiduciário de gestão pode ser descrito<sup>116</sup> como o “contrato do qual resulta, direta ou indiretamente, uma atribuição plena e exclusiva (ainda que temporária) de um bem ao fiduciário – maxime, de um direito de propriedade sobre uma coisa –, gravada porém por um vínculo funcional de natureza obrigacional que instrumentaliza a situação jurídica em que fica investido o fiduciário à prossecução de um interesse alheio – pertencente ao fiduciante –, e que impõe, nos termos estipulados, a (re)transmissão daquele acervo patrimonial e respetivos frutos para a esfera do fiduciante”. Embora alguns autores admitam que existem negócios fiduciários que divirjam desta descrição (incluindo o negócio fiduciário para garantia) “quer na sua estrutura, quer na sua causa”<sup>117</sup> porque se afastam do mandato sem representação (enquanto modalidade de

---

<sup>115</sup> André Figueiredo, *cit.*, p. 88.

<sup>116</sup> André Figueiredo, *cit.*, pp. 83-84

<sup>117</sup> André Figueiredo, *cit.*, p. 93.



negócio fiduciário), não podemos concordar com esta posição. É, precisamente, por a alienação em garantia não partilhar os traços estruturais e funcionais do negócio fiduciário (em que o mandato sem representação se apresenta como uma modalidade legalmente típica de negócio fiduciário<sup>118</sup>) que não podemos inseri-la nesta última categoria jurídica<sup>119 120</sup>.

## 2.6. Conclusões sobre a natureza jurídica da alienação em garantia

Depois de analisar a natureza das garantias especiais e, em especial, das garantias reais, é-nos permitido inserir a alienação em garantia nesta categoria jurídica. A alienação em garantia é um contrato que cumpre os requisitos que se encontram em qualquer garantia especial. A situação jurídica de garantia em que fica investido o credor garantido apresenta uma individualidade estrutural em relação à obrigação garantida. Essa individualidade estrutural é evidente quando se considera a causa-atribuição de garantia nas garantias especiais do cumprimento das obrigações: estas não são adequadas à constituição das obrigações garantidas, mas à constituição de um novo objeto, para satisfação alternativa em relação à obrigação garantida, para o credor garantido.

---

<sup>118</sup> Embora não seja única. A substituição fideicomissária é uma modalidade de negócio fiduciário para administração legalmente típica. As diferenças residem (em relação ao mandato sem representação) na situação jurídica real em que é investido o fiduciário. Neste instituto jurídico sucessório, a lei consagra um regime semelhante àquele que é plasmado no art. 1184º. Os bens cuja titularidade temporária pertencem ao fiduciário, em virtude da substituição fideicomissária, são bens substancialmente alheios porque se encontram funcionalizados à prossecução de um interesse alheio (do fideicomissário que é titular de uma expectativa jurídica sucessória), não revelando um acréscimo patrimonial na esfera jurídica do fiduciário, por isso, estão imunes à penhora por parte dos credores pessoais deste (com exceção dos frutos originados por aqueles bens, cujo poder de disposição é de exercício livre). Cfr. arts. 2286º ss..

<sup>119</sup> Considerando o tratamento unitário do negócio fiduciário para administração e garantia como fruto da semelhança detetada por Regelsberger com o instituto da *fiducia* romana, e salientando o facto de que na *fiducia* romana as obrigações constituídos pelo negócio não podiam ser exigidas judicialmente até finais do séc. II a.C., Barreto Menezes Cordeiro, *cit.*, pp. 945-946. O A. argumenta que, de um ponto de vista histórico, não se pode dizer que a partir do momento em que o beneficiário goza de proteção jurídica, estamos perante o mesmo negócio que existia antes dessa situação. O negócio fiduciário romano sofreu diversas alterações ao longo dos tempos e originou contratos que se autonomizaram dogmaticamente da categoria do negócio fiduciário contemporâneo. O negócio fiduciário “redescoberto” por Regelsberger não se apresenta como um *continuum* do negócio fiduciário romano porque brota do contexto jurídico alemão dos finais do séc. XIX.

<sup>120</sup> De um ponto de vista jurídico atual, Barreto Menezes Cordeiro, *cit.*, pp. 955-959, considera que o critério que distingue o negócio fiduciário para administração e o negócio fiduciário para garantia é a natureza das obrigações assumidas pelo fiduciário. No negócio fiduciário para administração constituem-se especiais deveres de lealdade e cuidado quanto aos bens que constituem a situação jurídica em que fica investido o fiduciário, enquanto no negócio fiduciário para garantia não existe, em princípio, qualquer atividade de administração do fiduciário e, por outro lado, não existem os mesmos complexos deveres de lealdade e cuidado subjacentes ao negócio fiduciário para administração. Contudo, o A. rejeita que se abandone o termo *fiducia* para a alienação em garantia, embora assuma que não merecem tratamento unitário.

Examinámos o conceito de garantia real e descobrimos três notas que sempre se verificam: o bem objeto de uma garantia real é sempre um bem patrimonial cujo destino é satisfazer, em alternativa, o cumprimento de uma obrigação; a situação jurídica de garantia em que fica investido o credor garantido deve contar com os poderes necessários para a *execução* do bem se a obrigação garantida não for cumprida, seja porque esses poderes resultam da garantia geral das obrigações ou foram estipulados, explícita ou implicitamente (neste último caso, atenta a utilidade da função económico-social do contrato para interpretação complementadora da declaração do garante) por convenção; e, a situação jurídica de garantia, deve contar com um mínimo de oponibilidade aos credores comuns do garante porque o bem afetado em garantia, já não responde nos termos do princípio do *par conditio creditorum*, mas com preferência ou primazia relativamente aos credores do garante e tendencialmente (no caso da alienação em garantia, plenamente) pelo valor da obrigação garantida.

Verificámos a sobreposição sobre o mesmo bem afeto em garantia de duas situações jurídicas diferentes: uma situação jurídica de base constituída pelos poderes e faculdades que surgem da afetação do bem à satisfação, em alternativa, do credor garantido; e uma situação jurídica residual cujo conteúdo são os poderes e faculdades que sobejam para o garante, que não são atribuídos ao credor garantido porque ultrapassam a medida do necessário à função de garantia que presidiu à constituição da garantia.

Na alienação em garantia, o adquirente é o titular da situação jurídica de garantia e ao alienante é atribuída a situação jurídica residual, nos termos que descrevemos acima (cfr. 2.4.4.5.). Esta descoberta de duas posições jurídicas sobre o mesmo bem é importante para afirmarmos que a situação jurídica de base na alienação em garantia, não é uma titularidade plena ou absoluta, isto é, sem qualquer limite. Os limites à titularidade do adquirente encontram-se na causa objetiva do contrato: a garantia. Esses limites não são oponíveis *erga omnes*, a sua eficácia é meramente obrigacional, porque resultam da função económico-social do contrato de alienação em garantia, e não de uma qualquer alteração aos poderes que, em abstrato, a titularidade absoluta de um direito acarreta.

A função económico-social do contrato de alienação em garantia é inequivocamente a função de garantia. Esta função económico-social assume especial importância na conformação da declaração negocial do garante, nos termos em que já analisámos os nexos de dependência funcional e estrutural.

Podemos descrever a alienação em garantia como um contrato com função económico-social de garantia, que se qualifica como garantia real do cumprimento das obrigações, nos termos do qual o alienante transmite a titularidade de um direito para o adquirente, prevendo-se em caso de incumprimento da obrigação garantida a faculdade do adquirente alienar os direitos transmitidos em garantia para terceiro ou apropriar-se destes, obtendo satisfação do seu crédito garantido. Se a obrigação garantida é cumprida o adquirente obriga-se a retransmitir a titularidade do direito para o alienante<sup>121</sup>. Esta obrigação de retransmissão radica na função económico-social de garantia e tem lugar através da celebração de um novo negócio jurídico translativo.

Atente-se que o adquirente aliena a situação jurídica de garantia cuja titularidade lhe pertence, funcionalizada à satisfação da obrigação garantida. Não se pode dizer que o credor garantido pode dispor de uma situação jurídica alheia, especificamente da situação jurídica residual<sup>122</sup>. A disposição de uma situação jurídica alheia celebrada em nome próprio pelo credor garantido é inadmissível porque o poder de disposição de um direito tem como pressuposto que o disponente seja o seu titular<sup>123</sup>.

Se o produto da alienação dos direitos é superior ao valor do crédito garantido, o adquirente obriga-se a devolver a diferença ao alienante, atento ao princípio da neutralidade patrimonial das garantias reais. Se o adquirente se recusar a retransmitir os bens, o alienante só pode fazer uso de ações pessoais e não reais (v.g. de reivindicação) porque o direito do alienante tem natureza creditícia cujo conteúdo é uma prestação de *facere* que consiste na celebração de um novo negócio jurídico translativo.

Argumenta-se que o princípio da causalidade e do consensualismo<sup>124</sup>, no direito português, fundam um efeito automático retransmissivo dos créditos cedidos na cessão de créditos em garantia para o garante (aquando da extinção da situação jurídica de

---

<sup>121</sup> Pereira das Neves, *cit.*, p. 468, p. 501 (nota de rodapé), sufraga a inexistência de uma obrigação de retransmissão dos créditos cedidos em garantia, e nota que não se pode, igualmente, subscrever uma obrigação de devolução da diferença entre o montante necessário à satisfação do crédito garantido e os bens transmitidos em garantia. O que existiria seria a cessação da causa justificativa da atribuição patrimonial de garantia com o cumprimento da obrigação garantida, que importaria o efeito automático de cessação da manutenção da titularidade dos créditos cedidos na esfera jurídica do credor garantido. Esta posição só merece acolhimento na alienação em garantia sujeita a evento resolutivo com o cumprimento da obrigação garantida porque a cessação da causa da atribuição pela verificação da condição implica a retroatividade dos efeitos à data da conclusão do negócio (art. 276º). O regime subsidiário aplicável com a cessação da causa-atribuição de garantia não pode ser semelhante àquele que é estabelecido apenas por convenção na propriedade reservada ou que resulta da natureza provisória do direito de propriedade em que é investido o fiduciário na substituição fideicomissária, constitutivos de expectativas jurídicas de aquisição.

<sup>122</sup> Em sentido contrário, Pereira das Neves, *cit.*, pp. 490-491.

<sup>123</sup> Embora muito discutida, na nossa opinião, e por este motivo, o mandato para alienar pressupõe a transmissão fiduciária da propriedade para o mandante, não vigorando a teoria da projeção imediata.

<sup>124</sup> Pereira das Neves, *cit.*, pp. 385 ss..

garantia e independentemente de estipulação de evento resolutivo) admitindo uma expectativa jurídica deste último à retransmissão, aplicando-se analogicamente o regime dos negócios condicionais para sustentar um evento resolutivo que é despoletado *ipso iure* com qualquer causa de cumprimento da obrigação garantida. Parece precipitada a conclusão que os referidos princípios são hábeis para sustentar as proposições sufragadas, enquanto regime subsidiário à cessão de créditos em garantia<sup>125</sup> (isto é, o regime que é natural à cessão de créditos em garantia quando as partes não estipulam em sentido contrário) tomando em consideração que no mandato sem representação para adquirir a lei não sufraga a teoria da projeção imediata, pelo contrário, estipula mecanismos de proteção do mandante que abonam pela teoria da dupla transferência. Dificilmente, seria harmonizável esta solução legal para o mandato sem representação para adquirir, sustentando uma posição diametralmente inversa que dispensa a celebração de um novo negócio jurídico translativo, enquanto regime subsidiário de um contrato legalmente atípico. No art. 1184º, a norma implicitamente (derrogando o art. 601º, procura proteger o mandante dos credores do mandatário) refere que é necessário um novo negócio jurídico translativo para que o bem que é objeto do contrato de mandato seja transmitido ao mandante (inexiste um efeito automático transmissivo do bem para o mandante com a celebração do negócio jurídico translativo pelo mandatário com um terceiro) colocando em causa a aptidão dos referidos princípios para sustentar genericamente, sem qualquer apoio nas estipulações das partes, um efeito automático retransmissivo dos bens cedidos em garantia. A mesma norma é, na nossa opinião, diretamente aplicável ao mandato sem representação para alienar.

No caso do mandato para alienar, as partes podem refletir imediatamente as atribuições patrimoniais decorrentes dos negócios celebrados pelo mandatário na esfera jurídica do mandante através do recurso ao instituto da representação. Na alienação em garantia e na cessão de créditos em garantia as partes podem estipular a retransmissão dos bens transmitidos em garantia com a estipulação de um evento resolutivo que consista no cumprimento por qualquer causa da obrigação garantida. Na nossa opinião, não é possível sustentar as proposições afiançadas suportando-as nos referidos princípios. A solução que se coaduna com a natureza jurídica da alienação em garantia e cessão de créditos em garantia é a constituição de um direito de crédito do garante à

---

<sup>125</sup> Ressalva-se que o autor teceu estas considerações apenas quanto à cessão de créditos em garantia. Embora nos pareça que os argumentos podem servir, igualmente, para os contratos de alienação em garantia que têm por objeto coisas. Sem prejuízo das regras registrais que, em todo o caso, destinam-se a proteger terceiros de boa fé.

retransmissão, dependendo a existência de um evento resolutivo de estipulação das partes, habilitando a respetiva aplicação analógica do regime dos negócios condicionais.

Esta análise não foi despicienda para o âmbito da tese. Como vimos, a alienação em garantia é um contrato legalmente atípico, necessitando maiores cuidados na análise dos preceitos legais aplicáveis. A sua inserção na categoria das garantias reais permite-nos procurar pelos princípios e normas injuntivas que regulam as últimas e procurar saber se o contrato é admissível. O próximo título procura responder a esta questão, analisando os problemas que a doutrina aponta como relevantes para averiguar a admissibilidade da alienação em garantia, no quadro das garantias reais. Por outro lado, a exclusão da alienação em garantia da categoria dos negócios fiduciários ajuda-nos a evitar conclusões precipitadas sobre uma potencial adaptação das soluções jurídicas que a doutrina moderna encontrou para o negócio fiduciário para administração, sobretudo na sua vertente externa.



## Título II – Problemas da admissibilidade da alienação em garantia

### 3. A proibição do pacto comissório

A questão da admissibilidade da alienação em garantia deve ser perspectivada à luz das normas injuntivas que regulam as restantes garantias reais. Como afirmámos, a alienação em garantia é um contrato legalmente atípico e misto, com vários tipos de referência. Esses tipos de referência consagram normas injuntivas que têm de prevalecer perante a vontade das partes. A norma do art. 694º é especialmente relevante porque é transversal às garantias reais previstas no Código Civil e prevê a hipótese de o garante alienar a coisa onerada ao beneficiário da garantia (credor da relação principal). O percurso para saber se é admissível a alienação em garantia deve iniciar-se com o fundamento da proibição do pacto comissório, isto é, por que é proibido ao garante transmitir o bem que é objeto da garantia real ao beneficiário da garantia<sup>126 127</sup>, situação que se verifica na alienação em garantia.

Poucas normas jurídicas suscitaram, decerto, tanta controvérsia na descoberta da “norma da norma”<sup>128</sup> como o art. 694º. Alguma doutrina tradicional aponta que a proibição do pacto comissório destina-se a proteger o devedor que pela necessidade de obter crédito, facilmente consentiria na alienação da coisa que é objeto da hipoteca ao seu credor, em caso de não cumprimento do crédito<sup>129</sup>. Esta situação resultaria no locupletamento injusto do credor porque, em boa razão, a coisa que este adquirira tinha um valor económico superior ao crédito garantido incumprido. O art. 694º representaria

---

<sup>126</sup> Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida*, pp. 90-92. Orlando de Carvalho, *Prefácio*, in *Escritos. Páginas de Direito*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 27-28. Monteiro Pires, *cit.*, pp. 251 ss.; Romano Martinez, Fuzeta da Ponte, *Garantias de cumprimento*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 247.

<sup>127</sup> Não há nada que impeça o devedor de extinguir a sua obrigação através de dação em cumprimento, eventualmente, através do objeto onerado com a garantia. Esta situação distingue-se do pacto comissório porque na dação em cumprimento (art. 837º) o devedor presta um *aliud*, com o assentimento do credor para extinção da obrigação (*solvendi causa*). Naquela, estabelece-se um meio alternativo de satisfação do credor cuja causa da atribuição patrimonial é a garantia de um crédito.

<sup>128</sup> Para Castanheira Neves, *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 143-145, “se distinguirmos na norma a sua expressão significativa (dimensão fenomenológica e cultural) da sua normatividade (dimensão intencional e jurídica) e que a faz ser norma, podemos dizer que a interpretação jurídica não visa a expressão da norma, mas a norma da norma – não a sua expressão (texto) que tem uma significação, mas a sua norma que tem um sentido especificamente jurídico. O objeto da interpretação é, pois, a norma enquanto norma, não o seu texto enquanto expressão da norma [...]”. Isto não significa menosprezar o texto da norma porque “a norma-texto será apenas um elemento – um elemento necessário, mas insuficiente – para a concreta realização jurídica [...]”. Para o A., “o problema metodológico jurídico seria hoje o de [...] concretização de normas em vez de interpretação de textos de normas”, relevando para essa concretização o problema jurídico do caso concreto.

<sup>129</sup> Vaz Serra, “Penhor. Penhor de coisas, penhor de direitos”, 58; 59 BMJ, Lisboa, 1956, p. 205.

um corolário de uma condenação (mais geral) da lei em relação aos negócios usurários (art. 282º)<sup>130</sup>. O pacto comissório real resulta expressamente proibido por lei.

O pacto comissório obrigacional não está expressamente proibido. Mas se é proibido o pacto real pelos motivos apresentados, o pacto obrigacional (o credor tem um direito de crédito à transmissão da coisa) é, também, proibido porque o resultado é semelhante através da execução específica da obrigação.

É discutido se a proibição do pacto comissório é circunscrita aos casos estipulados na lei ou se é aplicável a todos os negócios jurídicos em que as partes pretendem contornar a proibição legal<sup>131</sup>. Na nossa opinião, a aplicação é direta no caso de uma garantia real, sem prejuízo da sua aplicação analógica quando o negócio celebrado pelas partes revele um fim de garantia que visa afastar a razão da proibição legal<sup>132</sup>.

A questão subjacente é determinar o âmbito de aplicação da norma e harmonizar a estrutura do preceito com a razão da proibição. Parece evidente que a razão da proibição deve ser privilegiada na descoberta do âmbito de aplicação<sup>133</sup>, atendendo que o pacto obrigacional deve ser proibido (embora não resulte expressamente do art. 694º) porque a razão de ser da norma não deixa de se verificar. O resultado seria semelhante ao que as partes conseguiriam com o pacto real proibido e a disparidade de regimes dificilmente podia ser justificada. Semelhante ideia, que ajuda a rejeitar uma conceção meramente estrutural do pacto comissório, é aquela que firma a distinção da alienação em garantia na estrutura do pacto comissório: na última, a transmissão do objeto está sujeita a condição suspensiva do incumprimento do crédito, naquela a transmissão não está sujeita a este requisito. A invocação dos diferentes momentos estruturais da transmissão do objeto para distinguir as duas figuras “soa mais a alibi do que a argumento”<sup>134</sup>, mister é analisar a validade da alienação em garantia à luz da *ratio* da proibição do pacto comissório.

---

<sup>130</sup> Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7ª ed. (reimpressão), 2012, pp. 554-555.

<sup>131</sup> O problema é vetusto, Vaz Serra, “Penhor”, p. 208. O A. defende que a norma é aplicável a outros contratos em que os contraentes podem obter o mesmo resultado, mencionando como exemplos, a venda com pacto de resgate e o pacto obrigacional de venda a retro.

<sup>132</sup> Em sentido semelhante, Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida*, pp. 95-96; Ramos Alves, *cit.*, p. 654; Morais Antunes, *O contrato de locação financeira repositiva*, UCP, Lisboa, 2008, pp. 37-38.

<sup>133</sup> Costa Gomes, *ibid.*, pp. 91-92; Morais Antunes, *cit.*, p. 37. Adotando uma posição estrutural, Vaz Tomé, Leite de Campos, *A propriedade fiduciária (trust). Estudo para a sua consagração no direito português*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 214-215.

<sup>134</sup> Costa Gomes, *ibid.*, pp. 91-92.



O problema complexo é descobrir a razão de ser da norma. Para além da exposta por alguma doutrina, que sugere que o art. 694º destina-se a proteger o devedor da usura, outros motivos foram invocados pela doutrina para justificar o art. 694º.

A doutrina italiana<sup>135</sup> invocou que a razão de ser da proibição não podia somente ser alicerçada na proteção do devedor porque este motivo não era suficientemente explicativo. Se a razão de ser da norma é a proteção do devedor, estamos perante uma contradição valorativa no ordenamento jurídico. Enquanto os negócios usurários são anuláveis (art. 282º), a lei comina com a nulidade a celebração do pacto comissório. Por outro lado, o art. 694º pode suscitar o problema da cominação com a nulidade de pactos comissórios que, em concreto, até se podem manifestar favoráveis ao devedor. O bem que é o objeto do pacto comissório pode ser menos valioso que o crédito garantido e os contraentes podem convencionar a limitação da responsabilidade patrimonial àquele objeto (art. 602º).

Proliferaram as teses sobre os motivos subjacentes à proibição<sup>136</sup>. Alguns autores alegaram que a proibição do pacto comissório é um corolário de um princípio geral que proíbe a autotutela e autossatisfação do credor<sup>137</sup>. Outros alegaram que existe um interesse geral em evitar o alastramento deste pacto porque causa um prejuízo social no regular desenvolvimento das relações jurídicas pelo maior peso negocial do credor. Ademais, há quem radique na tutela conferida aos credores comuns do alienante pelo princípio do *par conditio creditorum* a razão da proibição. Para outros o problema reside na desproporção entre o valor patrimonial do objeto onerado e o montante do crédito garantido, locupletando injustamente o credor. Finalmente, a razão de ser subjacente à proibição pode ser complexa, por um lado, a proteção do devedor perante negócios que locupletariam o credor, por outro, a necessidade de acautelar a posição dos credores do alienante e não desfigurar o regime aplicável aos credores garantidos através da concessão de privilégios convencionais para alguns credores<sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup> Costa Gomes, *ibid.*, pp. 93-94.

<sup>136</sup> Sobre os vários fundamentos do pacto comissório, Andrade de Matos, *O pacto comissório. Contributo para o estudo do âmbito da sua proibição*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 58-73; Feliu Rey, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pp. 66 ss..

<sup>137</sup> Esta teoria não pode ser aceite perante o direito português. Desde logo, pela convenção de venda extraprocessual do penhor prevista no n.º 1 do art. 675º. A favor desta conceção, Castro Mendes, *Direito processual civil*, vol. I, AAFDL, Lisboa, 1978/1979, p. 128.

<sup>138</sup> Esta última posição é a que reúne maior consenso entre a doutrina moderna e foi acolhida por Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida*, p. 94; Andrade de Matos, *cit.*, pp. 73-75; Remédio Marques, “Locação financeira repositiva (sale and lease back) e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário, mútuo e ação executiva”, 77 BFDUC, 2001, p. 607; Calvão da Silva, *Banca, bolsa e seguros*.

Cumpra tomar posição e analisar especialmente as duas últimas teorias (embora a última apenas parcialmente porque será desenvolvida no próximo capítulo) porque dominam amplamente o pensamento da doutrina nacional.

A teoria que fundamenta a proibição do pacto comissório na proteção do alienante enfrenta problemas. Em primeiro lugar, cumpre sublinhar que não é apoiada no texto do preceito legal (n.º 2 do art. 9º), ao invés, fundamenta-se numa perspetiva histórica de proteção do alienante. Este necessitado de crédito podia alienar aquilo que, em boa verdade, não desejava. Em segundo lugar, se a razão de ser do art. 694º é proteger o alienante de um negócio usurário, estamos perante (supostamente) uma norma especial porque o seu âmbito de aplicação é totalmente preenchido pelo art. 282º. Este refere no seu n.º 1 que “é anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, explorando a situação de necessidade [...] de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados”. As duas normas têm consequências jurídicas distintas. O negócio usurário é anulável, o pacto comissório é nulo. Esta situação representaria uma contradição valorativa particularmente impressiva porque resulta de normas presentes no mesmo diploma e que vigoram concomitantemente desde o início da vigência do Código Civil. Se o valor protegido pelas duas normas radica na reprovação da usura (no sentido axiológico, não de vício do consentimento e conteúdo) para tutela da liberdade contratual do devedor, as distintas consequências jurídicas não têm aparente explicação. A existência de uma contradição valorativa é gravosa porque é um desvio ao princípio de igualdade de tratamento (corolário de uma ideia de justiça) do que é, segundo as valorações do ordenamento jurídico, igual ou idêntico. Evitar estas contradições valorativas é um dever para o intérprete, embora não signifique que a contradição tenha necessariamente de ser eliminada<sup>139</sup>.

Seguindo a diferença de consequências jurídicas que resultam dos dois preceitos legais, devemos questionar-nos se estamos verdadeiramente perante uma contradição valorativa ou, na realidade, na presença de dois valores distintos prosseguidos por aquelas normas.

---

*Direito europeu e português*, tomo I, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 236; Ramos Alves, *cit.*, p. 650; Morais Antunes, *cit.*, pp. 34-35.

<sup>139</sup> Repare-se que estamos perante uma contradição de valorações, e não perante uma contradição de normas, Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 7ª ed., trad. José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, pp. 471-472.

Para concluirmos que estamos perante um negócio usurário é necessário que o negócio seja viciado por usura (em sentido de vício do conteúdo e do consentimento) que representa simultaneamente um vício da vontade e uma lesão<sup>140</sup>. Para verificarmos que estamos perante um negócio usurário é necessário que se verifiquem dois elementos: subjetivo e objetivo. O elemento subjetivo diz respeito ao lesado e ao usurário, o elemento objetivo reflete-se no conteúdo do negócio jurídico. O elemento subjetivo reflete uma situação de inferioridade do lesado que é aproveitada conscientemente (não é necessário que aproveite intencionalmente) pelo usurário. O elemento objetivo consiste numa lesão excessiva e injustificada causada pela celebração de um negócio jurídico.

Com este pano de fundo compreende-se porque a lei sancionou o negócio usurário com a anulabilidade. O art. 287º estabelece que “só têm legitimidade para arguir a anulabilidade as pessoas em cujo interesse a lei a estabelece [...]” e o art. 283º, com a epígrafe “modificação dos negócios usurários” refere que “*em lugar da anulação, o lesado* pode requerer a modificação do negócio segundo juízos de equidade”. Só o lesado pode pedir a anulação do negócio usurário porque o interesse tutelado pela norma (a valoração subjacente à lei) é seu. A sanção da anulabilidade é harmoniosa com os casos, previstos no Código Civil, em que o interesse tutelado é a contratação livre de vícios<sup>141</sup>.

A inserção sistemática do art. 694º, no capítulo VI, relativo às garantias especiais das obrigações merece que se faça uma análise garantística do preceito procurando pelos princípios que regem os capítulos relativos à garantia geral e garantia especial. A consequência jurídica da nulidade do pacto comissório está em harmonia com o disposto no n.º 1 do art. 605º, inserido no capítulo V relativo à garantia geral das obrigações, com a epígrafe “legitimidade dos credores”, refere que “os credores têm legitimidade para invocar a *nulidade* dos atos praticados pelo devedor [...]”. Esta norma não é de somenos importância, embora já resultasse assim do art. 280º, porque esclarece que os credores têm legitimidade para pedir a declaração de nulidade do negócio, ainda que o ato não agrave a situação patrimonial do devedor e, ademais, estabelece que é indiferente se o ato nulo sucedeu em momento anterior ou posterior à constituição do crédito.

---

<sup>140</sup> Sousa Eiró, *Do negócio usurário*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 19 ss..

<sup>141</sup> Pais de Vasconcelos, *Teoria geral do direito civil*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 559-560.

A leitura conjugada do art. 694º com o n.º 1 do art. 605º, na nossa opinião, permite concluir que o fundamento (*ratio*) do pacto comissório não é tutelar o alienante ou o devedor. A tese de que o fundamento do art. 694º reside na tutela do devedor necessitado de crédito pressupõe que o devedor e o alienante são a mesma pessoa. No entanto, pode assim não suceder. De facto, o alienante podia ser terceiro à relação principal (v.g., um mútuo), mas parte na relação de garantia que estabeleceu com o credor da relação principal. Esta situação não se pode dizer estranha se atendermos à localização sistemática do art. 694º, este encontra-se no capítulo dedicado às garantias especiais das obrigações, cuidando o legislador de esclarecer que as garantias reais podem ser constituídas por terceiros à relação principal (n.º 2 do art. 658º; n.º 1 do art. 666º e n.º 1 do art. 686º). O art. 694º não faz referência explícita à qualidade do alienante porque pode ser o devedor ou terceiro apenas refere que é nula a convenção pela qual o credor adquire a coisa onerada, em consequência do não cumprimento do devedor. A sanção prevista pelo art. 694º procede ainda que o devedor e o alienante sejam pessoas diferentes e, assim é, porque o interesse tutelado pela norma não radica no devedor da relação principal. Não se pode afirmar que o interesse tutelado pela norma destina-se *prima facie* à proteção do devedor porque pode não contratar em “situação de necessidade” (n.º 1 do art. 282º) para a obtenção de crédito porque, em primeiro lugar, pode não ser parte na relação de garantia e, em segundo lugar, ainda que fosse o pacto comissório não tem que lhe ser desfavorável.

Outra corrente na doutrina alega que o pacto comissório e o negócio usurário têm âmbitos de aplicação distintos e aquele não tem o elemento subjetivo do negócio usurário<sup>142</sup>. Argumentam que a proibição do pacto comissório encontra o seu fundamento na desproporcionalidade das atribuições patrimoniais quando a relação de garantia está sobreposta à relação principal e na tutela da parte mais débil. A coisa alienada, tipicamente, tem um valor patrimonial superior ao crédito garantido. O pacto comissório visaria tutelar o alienante que perderia um bem, sem restituição da diferença entre o valor deste e o valor do crédito, provocando um locupletamento do credor. Esta ideia não pode ser aceite. Em princípio, a desproporcionalidade do valor patrimonial das

---

<sup>142</sup> Alguma doutrina, porventura aquela que dominou o pensamento sobre o pacto comissório no séc. XX, não menciona a usura (nem o negócio usurário) ou eventual debilidade do devedor, mas a desproporção existente, normalmente, entre o valor do bem e o montante do crédito. Assim, Guilherme Moreira, *cit.*, pp. 336-337; Paulo Cunha, *Da garantia das obrigações*, tomo II, pp. 215-216; Pestana de Vasconcelos, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência: em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 626-627; Contra, Ramos Alves, *cit.*, pp. 642-643, que refere que não existe qualquer elemento no texto da norma que permita aferir a ilicitude do pacto comissório pela desproporção entre o valor do bem alienado e o valor do crédito garantido.

atribuições patrimoniais não é, por si só, tutelada pelo direito. V.g., na compra e venda pode ocorrer que a prestação do preço seja significativamente mais elevada que o valor de mercado da coisa vendida, locupletando o vendedor. Esta situação não desencadeia quaisquer consequências jurídicas *per se*. A liberdade contratual possibilita que o vendedor estabeleça o preço que melhor lhe aprouver e a mesma liberdade goza o comprador de aceitar o preço<sup>143</sup>. Veja-se igualmente o art. 837º, em secção dedicada à dação em cumprimento, refere que “a prestação de coisa diversa da que for devida, *embora de valor superior*, só exonera o devedor se o credor der o seu assentimento”. Neste instituto, a lei valida uma situação clara de desproporcionalidade entre o valor patrimonial da prestação devida e o valor patrimonial do *aliud*. A proibição do pacto comissório não pode residir somente na desproporcionalidade do valor patrimonial das atribuições inerente à natureza do pacto comissório por respeito ao princípio da liberdade contratual<sup>144</sup>.

Na nossa opinião, o art. 694º não visa a proteção do alienante ou devedor. A função económico-social de garantia das garantias reais (e inerente princípio da neutralidade patrimonial dos negócios jurídicos com causa-atribuição de garantia) determinaria (ainda que as partes não convencionassem expressamente) a constituição de uma situação jurídica residual do garante que evitaria o locupletamento do credor na diferença entre o valor do bem afeto em garantia e o montante do crédito garantido. Se o fundamento da proibição não se encontra no alienante (ou devedor da relação principal) devemos ponderar o interesse dos credores do alienante que através do pacto comissório observam a transmissão da titularidade de um direito para garantia de uma obrigação de um credor específico. Dedicaremos a próxima secção a analisar a situação jurídica residual, procurando adotar uma posição sobre o fundamento da proibição do pacto comissório, refletindo sobre o pacto marciano.

---

<sup>143</sup> Sobre as exceções à liberdade de estipulação de preço para os profissionais, Morais Carvalho, *Direito do consumo*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, pp. 70 ss..

<sup>144</sup> Sobre a liberdade de estipulação de preço, Paolo Greco e Gastone Cottino, *Della vendita (art. 1470º-1547º)*, *Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Bianca*, Livro IV, *Delle obbligazioni*, 1ª ed. (reimpressão), Nicola Zanichelli Editore, Società Editrice del Foro Italiano, 1964, pp. 92-94.

*3.1. O pacto marciano e a sua inserção no quadro dos efeitos jurídicos da situação jurídica residual*

Devemos saber se é admissível a convenção através da qual o alienante transmite a propriedade da coisa para o credor da relação principal (adquirente na relação de garantia) em caso de incumprimento da obrigação garantida, ficando este obrigado a restituir ao alienante a diferença entre o valor do crédito garantido incumprido e o valor do bem, se o último é de valor superior em relação ao primeiro. Esta convenção é denominada por pacto marciano e a sua distinção em relação ao pacto comissório é a não verificação de um locupletamento do credor da relação principal. O pacto marciano não é expressamente proibido no Código Civil e a sua admissibilidade depende da posição que seja assumida perante o fundamento da proibição do pacto comissório<sup>145</sup>.

O pacto marciano é uma consequência da causa da atribuição patrimonial de garantia na alienação em garantia, nessa medida não é necessário que o pacto seja expresso no texto do contrato. Conforme aduzimos, a função económico-social das garantias reais conforma a declaração do garante, nessa medida (após a qualificação do contrato) a causa-atribuição de garantia destes negócios não é apta a realizar atribuições patrimoniais que locupletam o credor garantido, ao invés, regem-se pelo princípio da neutralidade patrimonial. O que se impõe questionar é a validade da alienação em garantia quando está pressuposto o pacto marciano. O pacto marciano é uma consequência da causa-atribuição de garantia que se constitui na situação jurídica residual em que está investido o garante com o incumprimento da obrigação garantida após a execução da garantia.

O efeito jurídico de constituição de um direito de crédito à devolução do montante desnecessário à satisfação da obrigação garantida é um efeito possível da causa-atribuição de garantia que se constitui na situação jurídica residual cuja titularidade pertence ao garante. Caso a obrigação garantida seja cumprida, o efeito jurídico despoletado por esse sucesso e justificado pela causa-atribuição de garantia é a constituição de um direito de crédito do alienante à retransmissão dos concretos bens alienados em garantia.

---

<sup>145</sup> Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida*, pp. 95 ss..O pacto marciano foi expressamente admitido para os contratos de alienação em garantia, no quadro dos contratos de garantia financeira, que se regem pelo Decreto-lei n.º 105/2004, no seu art. 11º.

A maioria da doutrina<sup>146</sup> pronuncia-se favoravelmente sobre a admissibilidade do pacto marciano, por não se verificarem os perigos usurários e/ou de desproporcionalidade das atribuições patrimoniais que, supostamente, o pacto comissório acarreta. Ressalvam como requisito de validade do pacto marciano a necessidade de uma avaliação do bem aquando do vencimento da obrigação de restituição, seja por terceiro designado por acordo ou determinado pelas regras de mercado. Em caso algum, o preço poderia ser determinado no momento da celebração do contrato em virtude de uma possível oscilação de valor. Esta situação é uma consequência da ideia de proibição da desproporcionalidade das atribuições patrimoniais que favoreçam o credor e do desvalor histórico da usura que estariam no fundamento da proibição do pacto comissório.

Esta posição parte de um fundamento da proibição do pacto comissório que recusámos por inadequada a proporcionar uma explicação satisfatória da norma. Os autores justificam a validade do pacto marciano pressupondo que o desvalor do pacto comissório radica na desproporcionalidade das atribuições patrimoniais quando a relação de garantia e relação principal estão sobrepostas. A reprovação da usura seria aqui perspectivada no prisma axiológico, proibindo uma convenção adequada à criação de uma lesão enorme para o garante. Conforme aludimos, essa não é a nossa posição.

As consequências do pacto marciano devem ser ponderadas à luz da proteção dos restantes credores do alienante. O pacto marciano representa um desvio à tutela que o ordenamento jurídico providencia aos credores garantidos por uma garantia real<sup>147</sup>. Estes credores em caso algum previsto no n.º 2 do art. 604º subtraem a situação jurídica de garantia ao concurso de credores. V.g., o credor hipotecário não tem prioridade perante o credor que beneficie de um privilégio imobiliário especial (art. 751º) ou sobre o credor que beneficie de direito de retenção nos termos do n.º 2 do art. 759º. Ademais, o produto da liquidação do objeto que constitui uma garantia real legalmente típica pode suportar a totalidade das dívidas da massa insolvente desde que essa situação seja indispensável à satisfação integral das mesmas e na respetiva medida (n.º 2 do art. 172º

---

<sup>146</sup> Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida*, p. 95; Menezes Leitão, *Garantias das obrigações*, p. 274; Soares da Fonseca, *O penhor de ações*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 137-138; Ramos Alves, *cit.*, pp. 659-662; Remédio Marques, *cit.*, pp. 607-608; Vieira Gomes, “Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e o pacto marciano”, 8 CDP, 2004, pp. 71-72; Carvalho Fernandes, “A admissibilidade do negócio fiduciário”, pp. 250-251; Pestana de Vasconcelos, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência*, p. 285, 633-642. Contra, Vaz Serra, *Penhor*, p. 219, argumenta que o credor adquiriria uma coisa que o devedor se não fosse a necessidade de crédito, não lhe queria alienar.

<sup>147</sup> No mesmo sentido, Morais Antunes, *cit.*, pp. 38-43. Embora admita a validade do pacto marciano em “relações jurídicas caracterizadas por um equilíbrio de posições contratuais”.

CIRE). O pacto marciano representa um desvio para os credores do alienante devido à subtração do adquirente às regras que dominam a satisfação dos credores garantidos e restantes credores consolidando um afastamento do princípio da igualdade dos credores (n.º 1 do art. 604º) porque o bem que é objeto da situação jurídica de garantia não se encontra no património do alienante.

A subtração da situação jurídica de garantia ao concurso de credores deve ser analisada em dois momentos. Em primeiro lugar, as consequências para os credores do alienante durante o tempo que medeia entre a constituição da garantia real e o cumprimento ou incumprimento da obrigação garantida. Em segundo lugar, quais são as consequências para os credores do alienante com a declaração de insolvência do adquirente.

O art. 601º consagra o princípio que o património do devedor é a garantia geral dos credores. A transmissão da titularidade dos direitos do alienante para o adquirente tem uma consequência jurídica durante a pendência da garantia: a impossibilidade para os credores do alienante de executarem uma situação jurídica que é alheia ao património do devedor<sup>148</sup>. Se existir penhora porque o objeto do contrato é uma coisa móvel não sujeita a registo e não houve desapossamento pode o adquirente deduzir embargos de terceiro. Encontramos a primeira diferença em relação aos direitos reais de garantia. Em princípio, a titularidade de um direito real de garantia não habilita à dedução de embargos de terceiro, se é legítimo concluir que o credor garantido verá o seu interesse totalmente satisfeito<sup>149</sup>. Os credores comuns podem penhorar o bem onerado com um direito real de garantia que se encontra no património do devedor<sup>150</sup> citando-se *v.g.*, o credor hipotecário para reclamar o pagamento do seu crédito (alínea b, n.º 3, do art. 864º do CPC). A penhora do bem hipotecado implica que o credor hipotecário tenha que reclamar um crédito (que pode ser vincendo) sujeitando-se a que o pagamento seja realizado com o desconto correspondente ao benefício da antecipação (n.º 3 do art. 868º CPC)<sup>151</sup>. Esta situação dificilmente ocorre na alienação em garantia devido ao carácter oculto do contrato. A situação jurídica de garantia não está sujeita a qualquer publicidade, ao invés das garantias reais convencionais tipificadas no Código Civil que

<sup>148</sup> Pestana de Vasconcelos, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência*, p. 204.

<sup>149</sup> Lebre de Freitas, *A ação executiva. À luz do Código de Processo Civil de 2013*, 6ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 327-328; Teixeira de Sousa, *Acção executiva singular*, Lex, Lisboa, 1998, p. 234.

<sup>150</sup> Repare-se que entre os titulares de direitos reais de garantia não se estabelecem relações de incompatibilidade, mas de coexistência através da respetiva graduação de créditos. Ferreira Palma, *Embargos de terceiro*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 94-95.

<sup>151</sup> Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias*, pp. 231-232.



publicitam as situações jurídicas de garantia, embora com diversa intensidade considerando que o registo é o melhor meio para provocar o conhecimento da situação jurídica de garantia. No penhor de coisas é necessário, em princípio, o desapossamento, no penhor de créditos é requisito notificar o devedor cedido e na hipoteca é necessário o registo para atribuir à situação jurídica de garantia oponibilidade *erga omnes*.

A falta de publicidade da situação jurídica de garantia é determinante para desconsiderar a possibilidade de execução dos bens alienados por parte dos credores do alienante, sobretudo para aqueles autores que consideram que a transmissão que sucede na alienação em garantia não é plena e exclusiva, mas apenas tendencialmente plena e exclusiva. Esta situação abre a possibilidade aos credores do alienante de penhorarem a situação jurídica de garantia. O credor garantido deveria ser satisfeito de forma semelhante a qualquer credor que beneficie de uma garantia real, não podendo deduzir embargos de terceiro por ações executivas movidas pelos credores do alienante.

A transmissão seria tendencialmente plena e exclusiva<sup>152</sup> porque o acervo patrimonial transmitido materialmente pertence ao alienante, apenas formalmente o seu titular é o adquirente<sup>153</sup>. O credor garantido não beneficiaria de oponibilidade absoluta da situação jurídica de garantia face credores do alienante. Atendendo às consequências jurídicas que a lei estabelece para os credores que beneficiam de garantias reais, no caso de penhora dos bens que são objeto dessas garantias (antecipação do momento do cumprimento para o devedor e desconto pelo benefício da antecipação para o credor), nenhuma das partes tem interesse na publicidade da situação jurídica de garantia. A alienação em garantia é um contrato hábil para contornar o princípio da publicidade dos direitos reais de garantia que, com maior ou menor intensidade, se verificam nas situações jurídicas de garantia constituídas por garantias reais convencionais legalmente típicas.

Ademais, na nossa opinião, embora a distinção entre titularidade formal e titularidade substancial seja adotada no art. 1184º<sup>154</sup> e justifique a separação de patrimónios em caso de execução movida pelos credores do mandatário ou insolvência deste, esta norma deve ser lida à luz das considerações que tecemos sobre a relevância do interesse no tipo contratual do mandato sem representação. Embora o mandatário

---

<sup>152</sup> Pereira das Neves, *cit.*, p. 568.

<sup>153</sup> Sobre a distinção entre titularidade material e formal. Monteiro Pires, *cit.*, pp. 222 ss.; André Figueiredo, *cit.*, pp. 172 ss..

<sup>154</sup> Sobre o art. 1184º, André Figueiredo, “Mandato sem representação, segregação patrimonial e concurso de credores”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. I, 1ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 197 ss..

seja titular formal dos bens que são objeto do contrato de mandato para adquirir, o interesse sobre o destino dos bens radica no mandante que é o seu titular substancial, isto é, em termos económicos as perdas decorrentes de uma execução movida pelos credores do mandatário seriam imputadas ao mandante, atendendo que aquele atua por conta deste.

Situação distinta nas garantias reais porque inexiste uma dissociação da titularidade de uma situação jurídica de garantia e imputação do interesse nos bens em sujeitos distintos. Esta posição é corroborada pelo art. 701º sobre a substituição ou reforço da hipoteca. A redação do artigo alude à hipótese de perecimento ou insuficiência da coisa hipotecada para garantia do cumprimento da obrigação garantida, por causa não imputável ao credor, facultando ao credor garantido a possibilidade de exigir a substituição ou reforço da coisa hipotecada ao devedor. Este artigo é demonstrativo da simbiose entre titularidade e interesse nas situações jurídicas de garantia. O credor garantido pode exigir a substituição ou reforço da coisa hipotecada ao devedor porque não lhe é indiferente a perda ou insuficiência dos objetos que constituem a sua garantia real e funcionam como meio de satisfação alternativa da obrigação garantida, ao invés do que sucede no mandato sem representação na relação entre o mandatário e os objetos do contrato de mandato. Devemos rejeitar a aplicação analógica do art. 1184º para o contrato de alienação em garantia por insuficiência do juízo valorativo de ocorrência de um caso análogo ao contrato de mandato, atendendo às diferenças estruturais e funcionais apresentadas nos dois casos.

A rejeição da aplicação analógica do art. 1184º ao contrato de alienação em garantia tem consequências importantes. Se os credores do alienante não podem penhorar a situação jurídica de garantia, os credores do adquirente não têm qualquer obstáculo para requerer em execução os objetos que constituem a situação jurídica de garantia, fundando a sua pretensão na regra geral que o património do devedor é a garantia geral dos credores (art. 601º).

Clarificando as premissas do nosso juízo nas linhas anteriores, as conclusões em caso de insolvência são claras. Se o adquirente é declarado insolvente durante a execução do contrato, os bens transmitidos são integrados na massa insolvente para satisfação dos credores no processo insolvencial. A obrigação garantida vence-se com a declaração de insolvência, obrigando o devedor a prestar. Os bens transmitidos em garantia devem ser liquidados para pagamento dos credores comuns do adquirente, encontrando-se o alienante como credor comum da insolvência. Se o devedor incumpre

a obrigação garantida, na situação jurídica residual do alienante deve constituir-se um direito de crédito à devolução da diferença entre o valor do acervo patrimonial transmitido e o valor da obrigação garantida incumprida. Se o devedor cumpre a sua obrigação, na situação jurídica residual constitui-se um direito de crédito no valor dos bens transmitidos (atendendo ao princípio da neutralidade patrimonial inerente à causa-atribuição de garantia) e, entretanto, liquidados para satisfação do seu crédito e dos restantes créditos comuns. Esta situação, mais uma vez, representa um desvio significativo em relação às garantias reais legalmente típicas. Nas últimas, os credores comuns do credor garantido insolvente não se satisfazem diretamente com o montante da liquidação da titularidade absoluta dos bens que são objeto da situação jurídica de garantia.

A situação jurídica residual pode, no entanto, aproximar-se a uma tutela absoluta (real) quando a situação jurídica de garantia está, convencionalmente, sujeita a evento resolutivo com o cumprimento da obrigação garantida (por aplicação analógica do art. 276º previsto para os negócios condicionais) porque a verificação do evento resolutivo implica que os efeitos do evento se retrotraem à data da conclusão do contrato de alienação em garantia. Esta proteção é extensível à situação de alienação a terceiro dos bens que são objeto do contrato de alienação em garantia (art. 274º) por parte do adquirente, ressalvando as normas registrais. É importante frisar que essa proteção só se verifica com o cumprimento da obrigação garantida porque esse é o evento resolutivo que despoleta a eficácia retroativa da alienação. Não se verificando o cumprimento da obrigação garantida, inexistente qualquer proteção absoluta da situação jurídica residual cuja titularidade pertence ao alienante.

As situações elencadas representam uma degradação da garantia geral para os credores do alienante e um risco contratual para o alienante que, na nossa opinião, não harmoniza o princípio da autonomia privada para a constituição de garantias reais convencionais com a tutela do interesse creditório previsto em vários institutos jurídicos.

Foram apontadas algumas críticas a esta posição<sup>155</sup>. Em primeiro lugar, os credores não têm nenhum direito real, nem sequer podem fundar uma expectativa jurídica, sobre as situações jurídicas individualmente consideradas do património do devedor porque não são as situações jurídicas individualmente consideradas que

---

<sup>155</sup> Feliu Rey, *cit.*, pp. 83-88.

respondem pelo crédito, mas o património observado na sua totalidade. Em segundo lugar, o princípio da igualdade de credores sofre numerosos desvios (desde logo, os elencados no n.º 2 do art. 604º), sendo excepcionado pela realidade prática. Em terceiro lugar, numa visão minimalista, o problema só existe quando o património do devedor é insuficiente para cobrir todos os créditos, portanto o princípio do *par conditio creditorum* só opera em caso de concurso de credores e só releva quando o património do devedor é insuficiente para satisfazer todos os créditos.

É certo que os credores não são titulares de nenhum direito real<sup>156</sup>, direito de crédito (salvo convenção que, em todo o caso, não seria uma garantia comum a todos os credores e, muito menos, oponível aos outros credores em caso de insolvência do devedor) e não podem fundar uma expectativa jurídica na manutenção das situações jurídicas penhoráveis individualmente consideradas no património do devedor. Esta situação representaria coartar a liberdade contratual do devedor que não poderia dispor ou administrar o seu património para respeito ao interesse creditório que subjaz às situações jurídicas penhoráveis que o integram, enquanto garantia geral dos credores. A liberdade de iniciativa económica do devedor é um vetor fundamental do ordenamento jurídico (n.º 1 do art. 61º da CRP), tal como o interesse dos credores na possibilidade de execução do património do devedor para pagamento dos créditos. Aquele não pode ser sacrificado em nome deste, nem este em nome daquele<sup>157</sup>. No entanto, não se pode dizer que a lei não se tenha preocupado com o estabelecimento de mecanismos que prosseguem o interesse creditório: primacialmente, a consagração da possibilidade de execução do património do devedor como forma de obter o valor da prestação a que tem direito (art. 817º) e a consagração que pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens penhoráveis do devedor (art. 601º). Enquanto não se puder fundar um juízo de incumprimento do crédito, o credor não tem um direito à execução do património do devedor, mas uma expectativa jurídica<sup>158</sup> que atribui ao credor uma série de institutos jurídicos predispostos para a tutela do seu crédito para preservação da máxima amplitude da sua garantia geral. V.g., o arresto de bens do devedor (art. 619º) ou a possibilidade de pedir a declaração de insolvência do devedor. A lei permite ao credor reagir contra atos ou omissões do devedor que façam perigar a garantia geral do crédito. Está consagrada a possibilidade de o credor pedir a nulidade desses atos (art. 605º), sub-

---

<sup>156</sup> Cura Mariano, *Impugnação pauliana*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, p. 83.

<sup>157</sup> Cura Mariano, *cit.*, pp. 13-16.

<sup>158</sup> Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida*, pp. 22-25.

rogar-se ao devedor (art. 606º) no caso de omissão e a impugnação pauliana (art. 610º). Esta é a situação jurídica complexa em que está necessariamente investido qualquer credor e decorre dos mecanismos que a lei providencia para a tutela da garantia geral do seu crédito. A liberdade contratual do devedor conhece limites, alguns deles encontram-se em mecanismos predispostos para a tutela do interesse creditório.

A segunda crítica é que o princípio da igualdade dos credores está excepcionado pela realidade prática. É certo que, as mais das vezes, os credores não são pagos em pé de igualdade. O n.º 2 do art. 604º refere que “são causas legítimas de preferência, além de outras admitidas na lei, a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, o privilégio e o direito de retenção”. O n.º 1 do art. 604º estabelece o princípio do *par conditio creditorum* quando prevê que “não existindo causas legítimas de preferência, os credores têm o direito de ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, quando ele não chegue para integral satisfação dos débitos”. O art. 604º realiza uma delimitação positiva das figuras jurídicas aptas à atribuição de preferência, os créditos que beneficiem dessa situação são créditos preferidos. Para a existência de créditos preferidos é necessário que existam créditos preteridos. O n.º 1 do art. 604º esclarece, negativamente, a posição que, em princípio, estão investidos os credores que não gozam de preferência. São credores não preferidos ou preteridos em relação aos credores que gozam de uma causa legítima de preferência. Os credores não preferidos têm direito, em princípio, ser pagos proporcionalmente pelo valor dos bens do devedor, quando o património do devedor não seja suficiente para satisfação dos créditos. Esta delimitação positiva e negativa é especialmente relevante para determinar quais são os credores preferidos nos termos da lei e quais são os credores que não se podem considerar preferidos. A lei determina que os credores comuns não são credores preferidos porque não gozam de qualquer causa legítima de preferência, ainda que existam credores subordinados. A presença dos últimos não determina que os primeiros se devam considerar credores preferidos em relação àqueles. Os credores preferidos têm direito de ser pagos tendencialmente pelo valor total dos bens que são objeto da causa legítima de preferência, com respeito da respetiva graduação (em relação aos outros credores preferentes cujas situações jurídicas de garantia têm por objeto os mesmos bens) e prioridade em relação aos restantes credores do devedor. Na próxima secção desenvolveremos o que se deve entender por causa legítima de preferência.

A última crítica é que o princípio do *par conditio creditorum* só opera em concurso de credores e só releva quando o património do devedor não é suficiente para

o pagamento de todos os créditos do insolvente. Convém notar que, efetivamente, o processo de insolvência não visa a satisfação do direito individual de cada credor, pelo contrário, visa o tratamento igualitário de todos os credores do devedor nos termos do *par conditio creditorum* porque é um processo de execução coletivo<sup>159</sup>, embora surja inicialmente como processo declarativo que visa declarar e apreciar a situação de insolvência<sup>160</sup>. Enquanto na execução individual domina o princípio do *vigilantibus iura subveniunt* porque não são prejudicados os restantes credores do devedor, porquanto o património é, pelo menos, aparentemente solvente para a satisfação de todos os créditos. Se o devedor é incapaz de cumprir as suas obrigações, seja por ausência de liquidez momentânea ou, em certos casos, porque o total das suas responsabilidades excede os bens que pode dispor para as satisfazer pode ser declarado insolvente. Já não rege o princípio do *vigilantibus iura subveniunt*, mas o princípio do *par conditio creditorum* porque a execução individual, neste caso, importa um tratamento desigual dos credores, visto que seriam pagos primacialmente os credores que se adiantaram na execução<sup>161</sup> e o devedor podia continuar a dispor do seu património, podendo onerá-lo ou dissipá-lo<sup>162</sup>. O processo de insolvência determina a instituição de um administrador da insolvência para administração do património do devedor que, sob fiscalização judicial, procura obter o melhor valor possível do património do insolvente para repartição do seu valor entre os credores. As garantias reais só são relevantes se o património do devedor não é suficiente para a satisfação de todos os créditos (se o património do devedor é suficiente para a satisfação de todos os créditos é irrelevante qualquer garantia especial porque a garantia geral é bastante), portanto o princípio do *par conditio creditorum*, na sua vertente de partilha proporcional das perdas entre os credores, opera na sua plenitude precisamente no mesmo momento em que as garantias reais relevam: em concurso de credores quando o património do devedor é apreciado como insuficiente para a satisfação de todos os créditos.

Não é correto afirmar que o princípio do *par conditio creditorum* tem carácter “residual”<sup>163</sup> porque se limita a estabelecer a hipótese inverosímil de o património do

---

<sup>159</sup> Menezes Leitão, *Direito da insolvência*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 18-19.

<sup>160</sup> Rosário Epifânio, *Manual de direito da insolvência*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 15.

<sup>161</sup> Na execução singular, só os credores titulares de uma garantia real são chamados ao processo, se o bem onerado é penhorado por outros credores do titular do direito real de gozo sobre aquele bem, por outro lado, vigora o princípio da prioridade. Teixeira de Sousa, “A verificação do passivo no processo de falência”, 36 RFDUL, Lex, Lisboa, 1995, p. 353.

<sup>162</sup> Sousa Macedo, *Manual de direito das falências*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1964, p. 13.

<sup>163</sup> Pestana de Vasconcelos, “Direito de retenção, *par conditio creditorum*, justiça material”, 43 CDP, 2013, p. 12.

devedor não estar onerado por uma qualquer figura jurídica dotada de preferência, estabelecendo que os credores têm o direito de ser pagos proporcionalmente pelo valor dos bens do devedor ou, perspectivado através das perdas, determina que todos os credores devem assumir proporcionalmente as perdas (art. 176º CIRE) porque o património do devedor não é suficiente para pagar todos os créditos. O princípio do *par conditio creditorum* está subjacente e na origem de um regime de execução coletiva (com algumas fases declarativas) porque a lei determina um processo concursal (efetivamente, só é logicamente possível aplicar e determinar o universo subjetivo que subjaz a este princípio em concurso de credores) para apreensão e liquidação do ativo para pagamento dos credores (especialmente, no interesse dos credores não preferentes e, também, dos credores preferentes que beneficiem de privilégios creditórios), ao invés das arbitrariedades que se proporcionariam pela sua inexistência e correspondente satisfação através de processo de execução singular.

O fundamento da proibição do pacto marciano é um reflexo da proibição do pacto comissório. A nulidade é imposta para tutela de terceiros<sup>164</sup> (credores do alienante) por violação do princípio do *par conditio creditorum*. Nas duas situações, se admissíveis, seriam adequadas à criação de uma preferência legalmente atípica porque o credor do pacto marciano seria satisfeito pelo montante da *execução* dos bens transmitidos em garantia, com primazia em relação a todos os credores do devedor, subtraindo a situação jurídica de garantia ao concurso de credores, situação que é proibida pelo n.º 2 do art. 604º que estabelece a tipicidade legal das causas legítimas de preferência. O n.º 2 do art. 604º limita o alcance do princípio do *par conditio creditorum* estabelecido no n.º 1, facultando a utilização de institutos jurídicos que atribuem primazia no pagamento a certos credores pelo valor da liquidação de certos bens.

A transmissão da titularidade de direitos para constituição de uma situação jurídica de garantia (ainda que acompanhada de publicidade no caso das garantias reais típicas) é nula por violação do princípio do *par conditio creditorum* que está subjacente à proibição do pacto comissório, transversal à tutela do interesse dos credores após a insolvência do devedor. A cominação da nulidade do pacto, independentemente das suas características, é uma medida preventiva para a tutela do interesse dos credores na conservação da máxima amplitude do património do devedor permitido por lei para

---

<sup>164</sup> Sobre as normas imperativas para tutela do interesse de terceiros, Morais Carvalho, *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no direito do consumo*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 79-81.

satisfação dos seus créditos sobre o património remanescente do devedor. Admitir o pacto comissório significa atribuir relevância ao princípio do *vigilantibus iura subveniunt*, num momento em que a lei considera que esse princípio não deve servir de pano de fundo à regulação dos interesses que se estabelecem entre credores após a declaração de insolvência do devedor.

O próximo capítulo destina-se a analisar o que se deve entender por causas legítimas de preferência. A importância do próximo capítulo reside, por um lado, em contribuir para a análise de uma característica essencial das garantias reais, muitas vezes esquecida. Por outro, é o pano de fundo subjacente ao presente capítulo e essencial para ajuizar da admissibilidade do contrato de alienação em garantia.



#### 4. A tipicidade legal das causas legítimas de preferência

Inserir-se no âmbito do n.º 2 do art. 604º todas as situações jurídicas hábeis a derrogar o princípio do *par conditio creditorum* estabelecido no n.º 1. Conforme se explanou anteriormente, o princípio do *par conditio creditorum* consagra a regra que na falta de qualquer norma que regule em sentido oposto, os credores devem ser tratados de forma igual em concurso de credores.

Por preferência, no sentido amplo referido pelo n.º 2 do art. 604º, deve-se entender que são referidos todos os institutos jurídicos que derrogam o princípio do *par conditio creditorum* consagrado no n.º 1 do mesmo artigo, independentemente da qualificação como garantias especiais desses institutos. Abona para esta opinião a indistinção quanto aos privilégios creditórios que são referidos no n.º 2, abrangendo tanto os gerais como os especiais, quanto apenas os últimos podem ser qualificados como garantias especiais<sup>165</sup>.

Por causa legítima entende-se que os institutos jurídicos hábeis à atribuição de uma situação jurídica de preferência devem estar legalmente tipificados<sup>166</sup>. No caso das garantias reais elencadas no n.º 2 do art. 604º são negócios jurídicos legalmente típicos porque estão consagrados em regimes jurídicos tendencialmente completos. Por outro lado, a expressão são “causas legítimas de preferência, além de outras admitidas na lei [...]”, denota um elenco legalmente tipificado de causas legítimas de preferência, o que veda a constituição de preferências legalmente atípicas porque, para estas últimas, a lei não atribui à situação jurídica do credor vocação para ser oponível aos restantes credores do devedor.

Esclarecidos estes pontos devemos indagar sobre o que se deve entender por preferência, no sentido que interessa às garantias reais.

Quanto às garantias reais, por preferência deve entender-se que consiste na atribuição legal à situação jurídica de garantia legalmente típica<sup>167</sup>, estabelecida a favor de determinado credor de afetar o produto da execução do bem (objeto da situação jurídica de garantia) à satisfação da obrigação garantida com um certo grau de oponibilidade a terceiros (mormente, aos credores comuns do devedor). A situação de

---

<sup>165</sup> Romano Martinez, “Privilégios creditórios”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 111 ss..

<sup>166</sup> Ana Prata, *O contrato-promessa e o seu regime civil*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 337.

<sup>167</sup> Não se pode afirmar que a preferência consista na titularidade de um direito acoplado ao direito real de garantia. Neste sentido, Henrique Mesquita, *Obrigações reais e ónus reais*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 191, nota de rodapé 110.

preferência de que é dotada a situação jurídica de garantia consiste na atribuição de primazia à satisfação do credor preferido em relação aos credores não preferidos sobre o montante da liquidação de um bem. Em caso de concurso de créditos sobre o mesmo bem, a lei estabelece uma graduação entre credores garantidos pelo mesmo objeto, determinando que uns se satisfazem com primazia em relação aos outros e abona pelo rateio proporcional em caso de crédito graduados na mesma posição. O credor garantido por garantia real, já não é satisfeito nos termos no princípio do *par conditio creditorum*, mas tendencialmente pelo valor total do produto do bem que é objeto da situação jurídica de garantia.

Para ultrapassar o crivo da tipicidade legal das causas legítimas de preferência, as garantias reais atípicas devem, pelo menos, alcançar um regime jurídico, ainda que não seja próprio, seja aplicável por analogia e retirado daqueles institutos jurídicos que a lei regulou. A sanção para a atipicidade da preferência, atendendo ao conteúdo do art. 604º, deve ser, pelo menos, a inoponibilidade aos credores do garante da situação jurídica dotada de preferência legalmente atípica.

Potencialmente podiam ser aplicadas os preceitos que o CIRE estabelece sobre a reserva de propriedade e operações semelhantes (art. 104º CIRE) como solução para inexistência de normas dedicadas especificamente ao contrato alienação em garantia. A análise do preceito e dos negócios jurídicos subjacentes (expressamente são referidos a locação financeira e cláusula de reserva de propriedade) devem fundar o entendimento que estas normas não são aplicáveis à alienação em garantia, atendendo que os negócios jurídicos referidos por aquela norma estão sujeitos ao princípio da publicidade, quando os bens móveis ou imóveis que são objeto daqueles negócios jurídicos estão sujeitos a registo. Na alienação em garantia, a situação jurídica de garantia, em caso algum, está sujeita a registo. Esta diferença impede, na nossa opinião, a aplicação deste artigo que no seu n.º 4 se preocupa, precisamente, em evitar a fraude e a clandestinidade destes negócios jurídicos de alienação sob reserva quando refere que a cláusula de reserva de propriedade de coisa determinada só é oponível à massa insolvente em caso de insolvência do comprador, se estipulada por escrito até ao momento da entrega da coisa.

Ademais, a reserva de propriedade, tipicamente, é uma cláusula de um contrato de compra e venda, cuja estrutura não se compadece com a existência de uma relação principal e uma relação de garantia. A aplicação do art. 104º é, igualmente, prejudicada por não se poder qualificar a alienação em garantia como um negócio em curso nos termos do art. 102º, que refere que são negócios em curso apenas os contratos bilaterais

que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda pontual cumprimento tanto pelo insolvente, como pela outra parte. À data da insolvência, o alienante já transmitiu a titularidade dos direitos para se constituir a situação jurídica de garantia.

Como vimos, a transmissão da titularidade de direitos para constituição da situação jurídica de garantia provoca que o credor garantido não seja satisfeito nos termos em que um credor garantido por uma garantia real legalmente típica é satisfeito, em concurso de credores do alienante. Esta situação é clarividente se se atentar que no processo de insolvência do alienante, os bens que constituem a situação jurídica de garantia não são liquidados em concurso de credores porque são bens alheios à massa insolvente, ao invés do que sucede com as garantias reais típicas. O credor garantido subtrai-se à satisfação em concurso de credores, executando a situação jurídica de garantia com o incumprimento da obrigação garantida (apropriando-se dos bens ou alienando-os a terceiro, extinguindo a situação jurídica de garantia) devendo apenas restituir o montante que consiste na diferença entre o valor da obrigação garantida e os bens transmitidos ao devedor, quando o valor dos últimos é superior, nos termos da situação jurídica residual.

É evidente que a preferência que resulta da transmissão da titularidade de direitos é, em termos estruturais, superior a qualquer outra garantia real porque a situação jurídica de garantia não participa no concurso de credores em virtude da transmissão dos bens, em benefício do credor garantido<sup>168</sup>. A oponibilidade da titularidade da situação jurídica de garantia aos credores do alienante é, de tal forma ampla, que o credor garantido pode opor a situação jurídica de garantia a qualquer credor com pretensões no processo insolvencial do alienante, situação que não ocorre nesses termos com as garantias reais legalmente típicas.

A questão que deve levantar-se é se a transmissão da titularidade de direitos com função de garantia é uma causa legítima de preferência, em geral. Atendendo ao conteúdo do n.º 2 do art. 604º, devemos concluir negativamente quanto a esta questão porque a lei não prevê como causa legítima de preferência a transmissão da titularidade de direitos para a constituição de uma situação jurídica de garantia, não lhe atribuindo qualquer regulação que limite a amplitude da oponibilidade da situação jurídica de garantia aos credores do alienante. Devemos entender que a transmissão da titularidade

---

<sup>168</sup> Ferreira de Almeida, “Alienação da propriedade em garantia – uma perspectiva prudente”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. I, UCP, 2011, p. 314; Monteiro Pires, *cit.*, p. 217.

de direitos para a constituição de uma situação jurídica de garantia não é, genericamente, possível no ordenamento jurídico português por violação do princípio da tipicidade legal das causas legítimas de preferência.

Por último, devemos determinar qual é a consequência jurídica da celebração de um contrato que recorra à transmissão da titularidade de direitos para a constituição de uma situação jurídica de garantia, violando o princípio da tipicidade das causas legítimas de preferência.

A transmissão da titularidade de direitos para a constituição de uma situação jurídica de garantia não é causa legítima de preferência porque a constituição de uma garantia real legalmente atípica que recorra à transmissão da titularidade de direitos é genericamente inadmissível, como reflete a proibição do pacto comissório que sanciona com a nulidade a transmissão da titularidade de um direito do garante para o credor garantido em prejuízo dos credores do garante<sup>169</sup>. Esta norma é diretamente aplicável a todas as garantias reais, incluindo o contrato de alienação em garantia. Tomando em consideração que o conteúdo da norma destina-se a proteger os credores do devedor, conforme anteriormente se defendeu, as partes não conseguem suprir adequadamente a proteção que a lei projeta através da regulação por lei das situações jurídicas de garantia. Nomeadamente, a não participação da situação jurídica de garantia em concurso de credores do alienante; a inexistência de proteção do bem alienado em garantia perante a penhora por parte dos credores do adquirente durante a pendência do contrato de alienação em garantia; a impossibilidade de os credores do alienante penhorarem a situação jurídica de garantia; a liquidação do bem alienado em garantia em concurso de credores do adquirente para satisfação dos credores deste; e a falta de procedimentos que destinam-se, pelo menos, a evitar a clandestinidade da situação jurídica de garantia constituída pelo contrato de alienação em garantia. As precauções de publicidade das situações jurídicas de garantia constituídas através da transmissão da titularidade de direitos e a definição da posição do credor garantido em concurso de credores do alienante são refletidas no direito comparado<sup>170</sup> e nacional<sup>171</sup> não servindo como lugar de apoio a favor da admissibilidade do contrato.

---

<sup>169</sup> O negócio é suscetível de conversão verificados os requisitos do art. 293º. Sobre os requisitos da conversão dos negócios jurídicos civis, Carvalho Fernandes, *A conversão dos negócios jurídicos civis*, Quid Juris, Lisboa, 1993, pp. 240 ss..

<sup>170</sup> Repare-se que no direito inglês, as *Bill of Sales Act* de 1878 e 1882 (secção IX) exigem o registo da convenção nominada *bill of sale* nos termos daquelas leis, sem o que será nulo. No direito norte-americano, o capítulo IX do UCC exige o registo (*filing*) de todos os atos aptos a servirem uma função de garantia. No direito alemão, o titular da situação jurídica de garantia que tenha por objeto bens móveis ou

---

direitos de crédito participa no concurso de credores do alienante (§51/1 InsO), aplicando-se diretamente o regime das garantias reais.

<sup>171</sup> A alienação em garantia, no quadro das garantias financeiras (decreto-lei n.º 105/2004, de 8 de Maio), está sujeita ao princípio da publicidade (n.º 2 do art. 6º).



## **5. Conclusões**

As consequências jurídicas da negação da recondução do contrato de alienação em garantia a um tipo legal são a primeira dificuldade do intérprete. Foram analisadas várias hipóteses de qualificação, especificamente, aos institutos da reserva de propriedade, hipoteca, penhor, e compra e venda. Optou-se pela negação da recondução do contrato de alienação a qualquer tipo legal.

A atipicidade legal do contrato encerra dificuldades na descoberta do regime jurídico aplicável preferindo-se concluir que o contrato de alienação em garantia é um contrato legalmente atípico (socialmente típico) e misto porque recebe influências de vários tipos contratuais legais, nomeadamente, apresenta a estrutura e a função económico-social das garantias especiais do cumprimento das obrigações, mas despoleta um efeito transmissivo de um negócio jurídico translativo de direitos.

A maioria da doutrina portuguesa insere o contrato de alienação em garantia na categoria dos negócios fiduciários denominando o contrato por alienação fiduciária em garantia. Na nossa opinião, atendendo aos tipos legais que, normalmente, a doutrina associa a modalidades de negócios fiduciários, nomeadamente, o contrato de mandato sem representação e a substituição fideicomissária preferimos não inserir a alienação em garantia nessa categoria de negócios jurídicos porque é nota essencial a dissociação entre a titularidade da situação jurídica fiduciária e o interesse no aproveitamento dos bens que são objeto do negócio fiduciário. Nos dois tipos legais referidos, a situação jurídica em que é investido o fiduciário revela que este não tem interesse nos concretos bens que são objeto da situação jurídica de que é titular constituída por aqueles negócios jurídicos. No primeiro tipo legal, o fiduciário apenas tem interesse na remuneração que eventualmente receba por administrar os bens. No segundo tipo legal, o interesse radica apenas nos frutos que eventualmente recolha durante a execução da substituição fideicomissória.

No contrato de alienação em garantia, a situação jurídica de garantia cuja titularidade pertence ao adquirente revela um interesse deste nos concretos bens que a compõem. Esta situação é corroborada no art. 701º, sobre a substituição ou reforço da hipoteca, que prevê a hipótese de perecimento ou insuficiência da coisa hipotecada para garantia do cumprimento da obrigação garantida por causa não imputável ao credor garantido facultando a possibilidade deste exigir a substituição ou reforço da coisa hipotecada ao devedor.

Recusada a recondução do contrato de alienação em garantia à categoria dos negócios fiduciários foi logicamente negada a possibilidade de recurso aos mecanismos de proteção externa da situação jurídica de administração em que é investido o fiduciário por conta e no interesse do mandante, especificamente, o recurso ao art. 1184º.

O estudo do contrato não estaria completo sem a análise da sua aptidão para a constituição de uma situação jurídica de garantia para garantia de um crédito. Conforme foi analisado, o contrato de alienação em garantia conta com todas as características necessárias para se afirmar como uma garantia real do cumprimento das obrigações porque a sua estrutura e função económico-social é semelhante a qualquer garantia especial do cumprimento das obrigações prevista no Código Civil.

A inserção do contrato de alienação em garantia no quadro das garantias reais do cumprimento das obrigações acarreta a necessidade de observar se o contrato está em harmonia com os princípios e normas injuntivas que regulam as últimas.

Surgiram, desde logo, duas questões que considerámos prementes para analisar a admissibilidade do contrato de alienação em garantia. Por um lado, procurou-se saber se a norma que estabelece a proibição do pacto comissório (art. 694º) seria violada porque esta descreve e sanciona com a nulidade o pacto pelo qual o credor garantido faz sua coisa onerada com o incumprimento do devedor. Relatou-se as várias teorias que subjazem ao âmbito da proibição do pacto comissório preferindo-se adotar a conceção que a proibição do pacto comissório encontra a sua razão de ser na proteção dos credores do alienante.

A lei não limita o alcance da oponibilidade absoluta da situação jurídica de garantia constituída através da transmissão da titularidade de direitos, facultando ao adquirente um mecanismo para se furtar ao concurso de credores do alienante, porque prefere sobre todos os credores da massa insolvente e da insolvência. Ademais, 1) inexistente proteção do bem alienado em garantia perante a penhora por parte dos credores do adquirente durante a execução do contrato de alienação em garantia, 2) os credores do alienante não podem penhorar a situação jurídica de garantia porque consubstanciaria uma penhora de bem alheio ao património do devedor, 3) em caso de declaração de insolvência do adquirente, o bem alienado é parte da massa insolvente devendo ser liquidado para pagamento de todos os credores deste, 4) a situação jurídica de garantia constituída pelo contrato de alienação em garantia não está sujeita a qualquer mecanismo que se destine a conceder-lhe publicidade face a terceiros e 5) a



transmissão da titularidade de direitos para constituir uma situação jurídica de garantia viola a tipicidade legal das causas legítimas de preferência, devendo considerar-se que a situação jurídica de garantia constituída à revelia do n.º 2 do art. 604º como inoponível aos credores do alienante.

Conclui-se pela nulidade do contrato de alienação em garantia por violação do âmbito da proibição do pacto comissório (cuja *ratio* integra o pacto marciano), sem prejuízo da sua conversão nos casos em que se verifiquem os requisitos necessários.



## Bibliografia

- Almeida, Carlos Ferreira de, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1990;
- “Alienação da propriedade em garantia – uma perspectiva prudente”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. I, UCP, 2011;
  - *Contratos III. Contratos de liberalidade, cooperação e de risco*, 2ª edição, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2016.
- Alves, Hugo Ramos, *Dação em cumprimento*, Almedina, Coimbra, 2017.
- Andrade, Manuel de, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1983;
- *Teoria geral da relação jurídica*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1983.
- Antunes, Ana Filipa Moraes, *O contrato de locação financeira restitutiva*, UCP, Lisboa, 2008.
- Ascensão, José de Oliveira, *A tipicidade dos direitos reais*, Livraria Petrony, Lisboa, 1968;
- *Direito civil. Teoria geral: relações e situações jurídicas*, vol. III, Coimbra, 2002.
- Bertini, Alessandro, *I negozi fiduciari di preparazione dell’ adempimento*, Giuffrè, Milão, 1940.
- Betti, Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1994.
- Bravo, Frederico de Castro y, *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 1985.
- Brito, Maria Helena, *O contrato de concessão comercial*, Almedina, Coimbra, 1990.
- Campos, Diogo Leite de / Tomé, Maria João Romão Carreiro Vaz, *A propriedade fiduciária (trust). Estudo para a sua consagração no direito português*, Almedina, Coimbra, 1999.

Campos, Rosely de Moraes, *Alienação fiduciária em garantia*, in *Operações comerciais*, Almedina, Coimbra, 1988

Cariota-Ferrara, Luigi, *I negozi fiduciari: trasferimento cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia*, Cedam, Pádua, 1933.

Carvalho, Jorge Morais, *Direito do consumo*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2017;  
- *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no direito do consumo*, Almedina, Coimbra, 2012.

Carvalho, Orlando de, *Direito das coisas (do direito das coisas em geral)*, Coimbra, reimpressão da edição de 1977, cuja primeira edição remonta ao ano letivo de 1968/1969;  
- *Negócio jurídico indirecto* in *Escritos. Páginas de Direito*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1998;  
- *Prefácio* in *Escritos. Páginas de Direito*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1998.

Cordeiro, A. Barreto Menezes, *Do trust no direito civil*, Almedina, Coimbra, 2014.

Cordeiro, António de Menezes, *Tratado de direito civil português. Parte geral*, vol. I, tomo I, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2000;  
- *Tratado de direito civil português. Direito das obrigações*, vol. II, tomo II, Almedina, Coimbra, 2010;  
- *Direitos reais*, Lex, Lisboa, 1993, reimpressão da edição de 1979;  
- *Direito bancário*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2016;

Correia, António Ferrer, *Sociedades fictícias e unipessoais*, Livraria Atlântida, Coimbra, 1943.

Costa, Mário Júlio de Almeida, *Direito das obrigações*, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2009.

Cristas, Maria da Assunção Oliveira, *Transmissão contratual do direito de crédito: do carácter real do direito de crédito*, Almedina, Coimbra, 2005.

Cunha, Paulo, *Do património*, Tipografia Minerva, Lisboa, 1934;

- *Da garantia das obrigações*, tomo I, Apontamentos das aulas de Direito Civil do 5º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa pelo aluno Eudoro Pamplona Côrte-Real, 1939.
- Cura, António Vieira, “Fiducia cum creditore”, sep., BFDUC, Suplemento XXXIV (cit. 34 BFDUC), Coimbra, 1991.
- Dias, Joana Forte Pereira, “Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: a *pari passu*, a *negative pledge* e a *cross default*”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 879-1030.
- Duarte, Rui Pinto, *Curso de direitos reais*, 3ª edição, Principia, 2013;  
- *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Almedina, Coimbra, 2000.
- Eiró, Pedro Camargo de Sousa, *Do negócio usurário*, Almedina, Coimbra, 1990.
- Enneccerus, Ludwig / Kipp, Theodor / Wolff, Martin, *Tratado de derecho civil. Derecho de cosas*, vol. I, vol. II, tomo III, trad. Blas Pérez González e José Alguer, Bosch, Barcelona, 1936.
- Epifânio, Maria do Rosário, *Manual de direito da insolvência*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2014.
- Faria, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *Direito das obrigações*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1990.
- Farrajota, Joana, *Os efeitos da resolução infundada por incumprimento do contrato*, FDUNL (teses de doutoramento), 2013.
- Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria geral do direito civil*, vol. II, 5ª edição, UCP, Lisboa, 2010;  
- “A admissibilidade do negócio fiduciário no Direito Português” (cit. “A admissibilidade do negócio fiduciário”), *Ars Iudicandi: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. II: Direito Privado, Coimbra, 2008, pp. 225-254;  
- *A conversão dos negócios jurídicos civis*, Quid Juris, Lisboa, 1993;

- *Lições de direitos reais*, 6ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2009.

Ferrara, Francesco, *Della simulazione dei negozi giuridici*, 3ª edição, Società Editrice Libreria, Milão, 1909.

Figueiredo, André, *O negócio fiduciário perante terceiros. Com aplicação especial na gestão de valores mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2012;

- “Mandato sem representação, segregação patrimonial e concurso de credores”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. I, 1ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 193-236.

Flume, Werner, *El negocio juridico. Parte general del derecho civil*, tomo II, 4ª edição, trad. José María Miquel González e Esther Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

Fonseca, Tiago Soares da, *O penhor de acções*, Almedina, Coimbra, 2007.

Freitas, José Lebre de, *A ação executiva: à luz do Código de Processo Civil de 2013*, 6ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

Gomes, Júlio Manuel Vieira, “Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e o pacto marciano”, 8 CDP, 2004, pp. 55-72.

Gomes, Manuel Januário da Costa, «A chamada “fiança ao primeiro pedido”», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 833-878;

- *Contratos comerciais*, Almedina, Coimbra, 2012;

- *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000.

Gonçalves, Luiz Cunha, *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*, vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 1932.

González, José A. R. Lorenzo, “Alienação fiduciária em garantia e negócios afins: delimitação de fronteiras”, *Lusíada. Direito, Série II*, número 10, Universidade Lusíada Editora, 2012, pp. 51-138.

Greco, Paolo / Cottino, Gastone, *Della vendita* (art. 1470.º - 1547.º), *Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Bianca*, Livro IV: *Delle obbligazioni*, 1ª edição (reimpressão), Nicola Zanichelli Editore, Società Editrice del Foro Italiano, 1964.

Jorge, Fernando Pessoa, *Direito das obrigações*, vol. I, AAFDL, 1975/1976;

- *Direito das obrigações*, vol. II, AAFDL, 1968/1969;

- *O mandato sem representação*, Almedina, Coimbra, 1961;

- “A garantia contratual da igualdade dos credores nos empréstimos internacionais”, sep. da obra “*Estudos*” publicada por altura da comemoração do XX aniversário do Centro de Estudos Fiscais, Centro de Estudos Fiscais, 1983.

Lacão, Paulo Manuel Leal, *A prescrição da obrigação de indemnizar: notas sobre o artigo 498º, n.º 1, do Código Civil*, FDUNL (teses de mestrado), 2017.

Larenz, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, 7ª edição, trad. José Lamago, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das obrigações*, vol. III, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2015;

- *Garantias das obrigações*, Almedina, Coimbra, 2006;

- *Direito da insolvência*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2015;

- *Direitos reais*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.

Lipari, Nicolò, *Il negozio fiduciario*, Giuffrè, Milão, 1971 (reimp. da edição de 1966).

Macedo, Pedro de Sousa, *Manual de direito das falências*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1964.

Mariano, João Cura, *Impugnação pauliana*, 2ª edição, Almedina, 2008.

Marques, João Paulo Fernandes Remédio, “Locação financeira restitutiva (sale and lease back) e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário, mútuo e acção executiva”, BFDUC, LXXVII (cit. 77 BFDUC), 2001, pp. 575-632.

Marques, José Dias, *Direitos reais (parte geral)*, Lições aos cursos de 1958/1959 e 1959/1960 da FDL, vol. I, Lisboa, 1960.

- Martinez, Pedro Romano, “Privilégios creditórios”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 111-130.
- Martinez, Pedro Romano / Ponte, Pedro Fuzeta da, *Garantias de cumprimento*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2006.
- Matos, Isabel Andrade, *O pacto comissório: contributo para o estudo do âmbito da sua proibição*, Almedina, Coimbra, 2006.
- Mendes, João de Castro, *Direito civil. Teoria geral*, vol. III, de harmonia com as lições dadas no ano jurídico de 1978-1979, Lisboa, 1979;  
- *Direito processual civil*, vol. I, AAFDL, Lisboa, 1978/1979;  
- *Direito civil. Teoria geral*, vol. II, lições do ano jurídico de 1978-1979, edição revista em 1985, AAFDL, Lisboa, 1995.
- Moreira, Guilherme, *Instituições do direito civil português*, vol. II, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1925.
- Múrias, Pedro, “O que é um interesse, no sentido que geralmente interessa aos juristas?”, *Estudos em memória do Prof. Saldanha Sanches*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 829-858.
- Natucci, Alessandro, *La tipicità dei diritti reali*, Cedam, Pádua, 1988.
- Neves, António Castanheira, *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- Neves, Vítor Pereira das, *A cessão de créditos em garantia: entre a realização das situações obrigacionais e a relativização das situações reais*, FDUNL (teses de doutoramento), 2005.
- Palma, Augusta Ferreira, *Embargos de terceiro*, Almedina, Coimbra, 2001.
- Peralta, Ana Maria, *A posição jurídica do comprador no contrato de compra e venda com reserva de propriedade*, Almedina, Coimbra, 1990.



- Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, 1970;
- *Teoria geral do direito civil*, 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Almedina, Coimbra, 2005.
- Pinto, Paulo Mota, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- Pires, Catarina Monteiro, *Alienação em garantia*, Almedina, Coimbra, 2010.
- Prata, Ana, *O contrato-promessa e o seu regime civil*, Almedina, Coimbra, 1999.
- Rego, Margarida Lima, *Contrato de seguro e terceiros: estudo de direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- Rey, Manuel Ignacio Feliú, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.
- Santos, José Beleza dos, *A simulação em direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1921.
- Serra, Adriano Vaz, “Negócios abstractos. Considerações gerais. Promessa ou reconhecimento de dívida e outros actos”, sep., 83 BMJ, Lisboa, 1959;
- “Cessão de Créditos ou de outros direitos”, sep., BMJ, número especial, 1955;
  - “Penhor. Penhor de coisas, penhor de direitos”, (cit. “Penhor”), sep., 58; 59, BMJ, Lisboa, 1956;
  - “União de contratos. Contratos mistos”, sep., 91 BMJ, Lisboa, 1960.
- Silva, João Calvão da, *Banca, bolsa e seguros. Direito europeu e português*, tomo I, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2013.
- Sousa, Miguel Teixeira de, “Linguagem e Direito”, *Estudos em homenagem do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 267-290;
- “A verificação do passivo no processo de falência”, 36 RFDUL, Lex, Lisboa, 1995, pp. 353-369;
  - *Acção executiva singular*, Lex, Lisboa, 1998.

Telles, Inocêncio Galvão, *Manual dos contratos em geral*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

Varela, João de Matos Antunes, *Ensaio sobre o conceito do modo*, Atlântida, 1955;

- *Das obrigações em geral*, vol. II, 7ª edição (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2012.

Vasconcelos, Luís Miguel Pestana de, *Direito das garantias*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2013;

- “Direito de retenção, *par conditio creditorum*, justiça material”, 43 CDP, 2013, pp. 5-18;

- *A cessão de créditos em garantia e a insolvência: em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;

- “A venda a retro como instrumento de concessão de crédito garantido. Do direito civil ao direito bancário”, RFDUP, vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 223-264;

- “A directiva 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6/6/02 (alterada pela diretiva 2009/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6/5/09), relativa aos acordos de garantia financeira ou os primeiros passos de harmonização do direito europeu das garantias mobiliárias”, BFDUC, LXXXV (cit. 85 BFDUC), Coimbra, 2009, pp. 693-723.

Vasconcelos, Pedro Pais de, *Contratos atípicos*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2009;

- *Em tema de negócio fiduciário*, FDL (teses de mestrado), Lisboa, 1985;

- *Teoria geral do direito civil*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.

Ventura, Raúl, “O contrato de compra e venda no Código Civil”, 43 ROA, vol. III, Lisboa, 1983.

# Índice

Declaração de compromisso de antiplágio .....	i
Agradecimentos .....	ii
Modo de citar e convenções .....	iii
Abreviaturas .....	iv
Resumo.....	v
Abstract .....	vii
Introdução.....	1
Título I – Alienação em garantia .....	3
1. Aproximação ao contrato de alienação em garantia .....	3
1.1. Síntese histórica .....	3
1.2. Primeiros obstáculos à admissibilidade da alienação em garantia. Rejeição .....	6
2. Natureza jurídica da alienação em garantia .....	13
2.1. A teoria unitária e a teoria dualista do negócio fiduciário.....	13
2.2. A desproporcionalidade dos meios jurídicos face aos fins económicos e o risco fiduciário.....	15
2.3. A recondução do contrato a um tipo legal.....	16
2.4. A negação da recondução do contrato a um tipo legal.....	21
2.5. Natureza fiduciária da alienação em garantia. Crítica .....	39
2.6. Conclusões sobre a natureza jurídica da alienação em garantia .....	45
Título II – Problemas da admissibilidade da alienação em garantia .....	51
3. A proibição do pacto comissório.....	51
3.1. O pacto marciano e a sua inserção no quadro dos efeitos jurídicos da situação jurídica residual.....	58
4. A tipicidade legal das causas legítimas de preferência.....	69
5. Conclusões .....	75
Bibliografia.....	79